

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Des Procédures auxquelles donne lieu

la

Réunion d'un Conseil de Famille

Thèse soutenue le 10 juin 1904, à 3 h. 1/2 de l'après-midi

PAR

JULIEN VIGNER

Jury d'examen

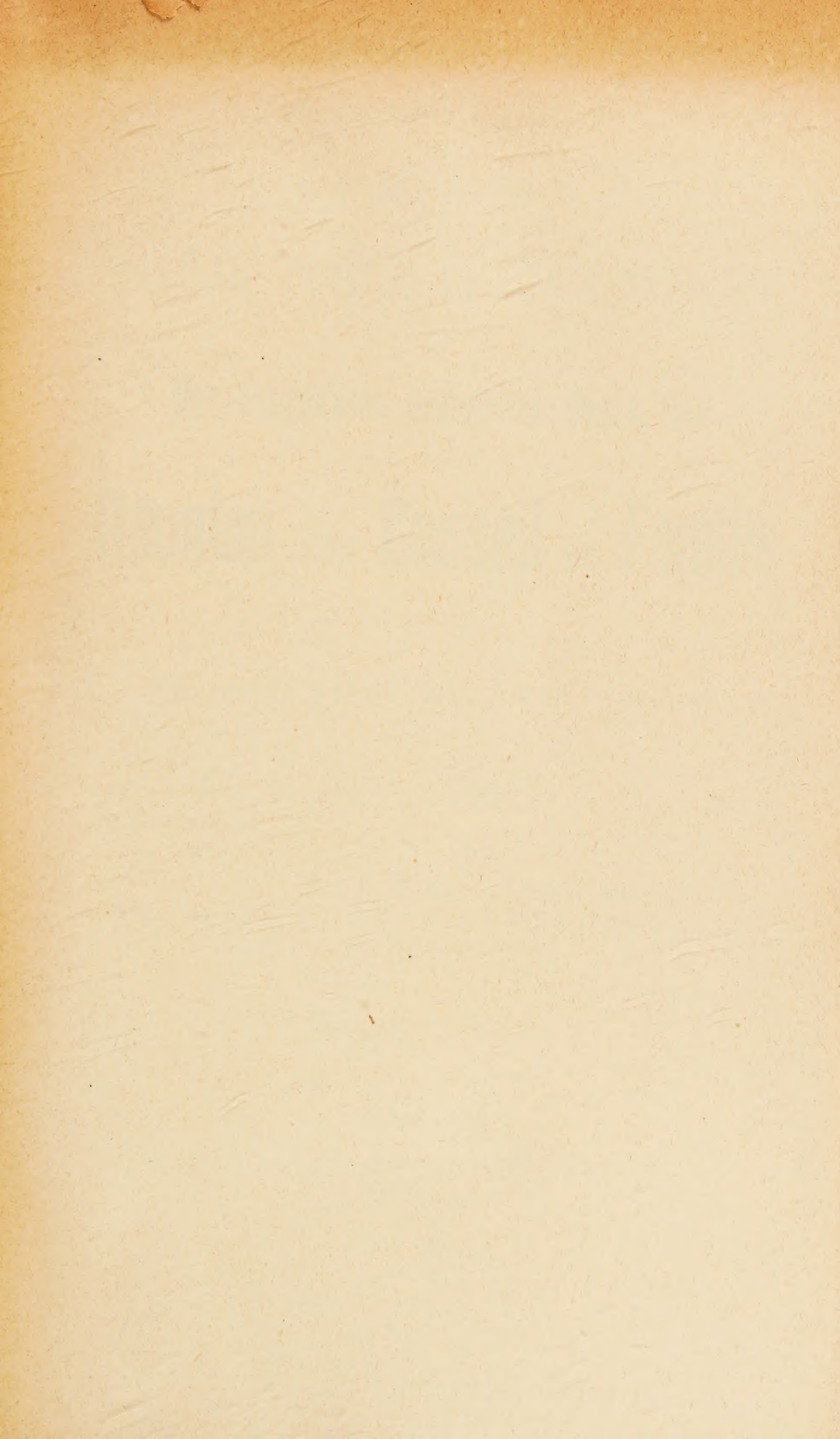
MM. R. BIVILLE, *professeur, président* ;
LAISNÉ DES HAYES, *professeur* ;
ASTOUL, *professeur*.

NANTES

A. DUGAS & C^{ie}, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

5. QUAI CASSARD, 5

1904





Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Des Procédures auxquelles donne lieu

la

Réunion d'un Conseil de Famille

Thèse soutenue le 10 juin 1904, à 3 h. 1/2 de l'après-midi

PAR

JULIEN VIGNER



Jury d'examen

MM. R. BIVILLE, *professeur, président* ;
LAISNÉ DES HAYES, *professeur* ;
ASTOUL, *professeur*.

NANTES

A. DUGAS & C^{ie}, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

5. QUAI CASSARD, 5

1904

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1903-1904

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (*, I. ①), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ①), assesseur du Doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (*, I. ①), professeur d'*Économie politique*, chargé du cours de *Droit constitutionnel comparé*.

LAISNÉ DES HAYES (⌘, A. ①), professeur de *Droit civil*.

GUILLOUARD (*, I. ①, C. ⌘, G. O. ⌘, C. I. C. ⌘, O. ⌘, L. ⌘), professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I. ①), professeur de *Droit civil*, ancien Ministre de la Justice, chargé du cours de *Législation financière*.

CABOUAT (I. ①), professeur de *Droit international public et privé*, chargé du cours de *Législation industrielle*.

BIVILLE (A. ①), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY (A. ①), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français* et du cours de *Pandectes*.

MM. LE FUR, professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL, professeur de *Droit romain* et chargé du cours sur la *Coutume de Normandie*.

DEGOIS, professeur de *Droit criminel* et du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

AGRÉGÉS :

GENESTAL, chargé des cours d'*Histoire générale du Droit français* et d'*Histoire du Droit public français*.

ALLIX, chargé des cours d'*Economie politique* (doctorat), et d'*Histoire des doctrines économiques*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. ) , secrétaire de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE

- ALAUZE (Henri). — Tarif des frais et dépens en matière civile, décret du 15 août 1903. Guide pratique. Paris, 1904, 2 vol. in-8°.
- ALLAIN et CARRÉ. — Manuel encyclopédique et théorique des Juges de paix.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français (5^e édition). Paris, 1897.
- AUGIER. — Encyclopédie des Juges de paix.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil (8^e édition). Paris, 1902.
- BELTJENS. — Encyclopédie du droit civil belge, 4^e partie. Code de procédure annoté. Liège-Paris, 2 vol. in-8°.
- BIOCHE. — Dictionnaire de procédure civile et commerciale, 5^e édition, 6 vol., in-8°. Paris, 1867, *V^o Conseil de famille*; et Dictionnaire des Juges de paix et de police *V^o Conseil de famille*.
- BIRET. — Traité des nullités.
- BOITARD. — Leçons de procédure civile, complétées et continuées par G.-F. COLMET-DAAGE (14^e édition), mises au courant et réformées par E. GLASSON. Paris, 1885.
- CARRÉ. — Le droit français dans ses rapport avec la juridiction des Juges de paix.
- CARRÉ (G.-L.-J.) et CHAUVEAU (Adolphe). — Lois de procédure civile et commerciale (5^e édition); cette édition est augmentée d'un supplément alphabétique et analytique par Gustave DUTRUC. Paris, 1880-83, 13 vol. in-8°.

CHARDON. — Traité des trois puissances : maritale, paternelle et tutélaire (les trois parties en un seul volume). Bruxelles, 1843-44.

COLMET DE SANTERRE. — Manuel élémentaire de droit civil.

DALLOZ. — 1^o (D. A.) Recueil alphabétique de Dalloz (refonte de l'ancien Denevers) jusques et y compris l'année 1824.

2^o (D. P.) Recueil périodique de Dalloz, continuation en volumes annuels du recueil D. A., depuis 1825 à nos jours.

3^o (Jur. Gén.) Répertoire alphabétique avec refonte du Dalloz, publié sous le nom de Jurisprudence Générale, depuis 1845 à 1872.

4^o (Jur. Gén. Supp.) Supplément au répertoire alphabétique ci-dessus.

DELVINCOURT. — Cours de droit civil (5^e édition). Paris, 1824.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de droit civil. Paris, 1849-1873, 9 vol. in-8^o.

DEMOLOMBE. — Cours de code Napoléon. Paris, 1854.

DUBOIS, Alfred. — Du défaut devant les tribunaux civils de 1^{re} instance. Thèse, Caen, 1903.

DU CAURROY, BONNIER et ROUSTAIN. — Commentaire théorique et pratique du code civil.

DURANTON. — Cours de droit français suivant le code civil (4^e édition). Paris, 1844.

FRÉMINVILLE (DE). — Traité de la minorité et de la tutelle.

FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris, 1836.

GARSONNET. — Cours de procédure. Paris, 1882.

GLASSON, — Précis théorique et pratique de procédure civile, avec le concours, au point de vue pratique, de COLMET-DAAGE. Paris, 1902.

GRASSERIE (Raoul DE LA). — Etude critique sur le projet de revision du code de procédure civile présenté à la Chambre des députés le 25 octobre 1898, et sur la réforme de la procédure. Paris, 1901, in-8^o (extrait des *Lois Nouvelles*). — Projet de code civil allemand, traduit avec introduction. Paris, 1903, in-8^o.

- HUC. — Commentaire théorique et pratique du code civil. Paris, 1892.
- JOURNAL DU PALAIS. — Collection périodique. (P. Chr.) Même recueil chronologique qui va jusqu'en 1845.
- LAURENT. — Principes de droit civil. Bruxelles et Paris, 1869. — Avant-projet de revision du code civil belge. Bruxelles, 1822-1825, 7 vol. in-8°.
- LEHR. — Eléments de droit civil germanique considérés en eux-mêmes et dans leurs rapports avec la législation française. Paris, 1875, 2 vol. in-8°. — Code civil du canton de Zurich, de 1887, traduit et annoté. Paris, 1890, in-8°.
- LOCRÉ. — Esprit du code civil et procès-verbaux du Conseil d'Etat, Motifs, etc. Paris, 1827.
- MAGNIN. — Traité des minorités, tutelles et curatelles.
- MARCADÉ et PONT. — Explication théorique et pratique du code civil. Paris, 1873.
- MARCHANT. — Code de la minorité et de la tutelle.
- MASSÉ et VERGÉ. — Sur Zachariae.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Vis Avis de parents, Conseil de famille et tutelle (4^e édition). Paris, 1812-15, 15 vol.
- MEULENAERE (O. DE). — Code civil allemand et loi d'introduction, promulgués le 18 août 1896 pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Traduits et annotés. Paris, 1897, in-8°.
- MICHEL. — *Vade-mecum* des Juges de paix. V^o *Conseil de famille*.
- PABON. — Traité théorique et pratique des Justices de paix (matière civile), 4 vol. in-8° (les trois premiers parus 1902-1903).
- PANDECTES FRANÇAISES. — 1^o (Pand. fr. rép.) Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence de Pandectes françaises.
- 2^o (Pand. Fr. Chr.) Pandectes françaises chronologiques. Collection nouvelle de jurisprudence.
- 3^o (Pand. Fr. Pér.) Recueil périodique de Pandectes françaises.

PASICRISIE BELGE. — Recueil périodique de jurisprudence belge.

POTHIER (Œuvre de), édition de M. Siffrein. Paris, 1821-1824, 19 vol. in-8°.

PROUDHON et VALETTE. — Traité sur l'état des personnes. 2 vol. in-8°. Paris, 1842-43.

RODIÈRE. — Traité de compétence et de procédure en matière civile. Paris, 1878, 5^e édition.

ROLLAND DE VILLARGUES. — Répertoire de la jurisprudence du notariat. V^o *Conseil de famille*.

SEBIRE et CARTERET. — Encyclopédie du droit. V^o *Conseil de famille*. Paris, 1842-46, en 6 vol. (le 7^e vol. n'a pas été terminé).

SIREY. — (S.) Recueil périodique de Sirey.

— (S. Chr.) Refonte chronologique du même recueil jusqu'en 1830.

TAULIER. — Théorie raisonnée du code civil.

THOMINE-DESMAZURES. — Traité de code de procédure civile. Caen, 1807.

TOULLIER. — Droit civil français suivant l'ordre du code.

ERRATA

- Page 16. 20^e ligne, lire : *le mandant peut-il*,
au lieu de : *mandat*.
- Page 20. 19^e ligne, lire : *graves, si les opinions des*
fondés pouvoir n'étaient pas libres.
- Page 42. 20^e ligne, lire : *de se pourvoir*,
au lieu de : *son pouvoir*.
- Page 48. Note 1, ajoutez : *c. de pr. civ.*
- Page 63. Dernière ligne, lire : *demande*,
au lieu de : *demende*.
- Page 72. 9^e ligne : lire : *ont cherché*,
au lieu de : *ont chercher*.
- Page 95. 9^e ligne : *sauvegarde*,
au lieu de : *sauvegarge*.
- Page 188. 6^e ligne, lire : *n'ont pas varié*,
au lieu de : *variés*.
- Page 191. 17^e ligne, lire : *renvoie*,
au lieu de : *renvoi*.
- Page 200. 12^e ligne, lire : *proclamât*,
au lieu de : *proclama*.
- Page 205. 12^e ligne, lire : *emprunté*.
au lieu de : *emprunter*.

INTRODUCTION

Les auteurs du code civil ont considérablement développé l'institution du conseil de famille ; en effet dans notre ancien droit on n'en parle que très rarement, et c'est à peine si Pothier fait intervenir cette assemblée à propos de la nomination du tuteur datif et de l'aliénation des immeubles du mineur (1).

Dans le droit moderne, grâce à ses nombreuses attributions, on peut dire que c'est réellement le conseil de famille qui est investi de la puissance tutélaire, et que le tuteur n'est qu'un agent d'exécution soumis à son puissant contrôle.

Cette assemblée n'est point, comme sa formation et son mode de délibérer pourraient le laisser supposer, un tribunal ayant une juridiction de nature spéciale ; un juge de paix la préside, il est vrai, mais c'est en quelque sorte

(1) POTHIER, tome XIII, *Traité des personnes*, p. 437 et 446. Et même remarquons que, dans le cas de vente d'immeubles, le conseil de famille n'intervenait que dans la seule hypothèse où s'il s'agissait d'éviter la saisie des biens du mineur.

L'ordonnance de 1667 sur la *Réformation de la Justice* ne parle pas du conseil de famille.

comme chef officiel de la famille, et non en sa qualité de magistrat.

Le conseil de famille ne rend donc pas de jugements, son rôle se borne simplement à prendre des décisions relatives à l'organisation de la tutelle ou aux intérêts moraux et financiers du mineur ou de l'interdit; ces décisions sont appelées « délibérations » par le code civil et « avis de parents (1) » par le code de procédure civile (2^e partie, liv. I, tit. 10).

Mais que faut-il entendre exactement par ces mots « délibérations » et « avis de parents »? Ces dénominations sont-elles les deux termes d'une même chose ou expriment-elles chacune une idée différente?

Le législateur a créé une confusion en traitant sous la rubrique « des avis de parents » des délibérations par lesquelles le conseil de famille ordonne ou prend une mesure. Il faut se bien garder de cette confusion, et avec la presque totalité des auteurs (2) nous distinguerons les « avis » des « délibérations ».

Les « Avis » proprement dits, sont des actes dans lesquels le conseil de famille se borne à donner son sentiment sur telle ou telle question qui lui est soumise, soit par le tribunal, soit par le tuteur.

Les magistrats peuvent toujours, quand ils le jugent

(1) Ce terme est impropre puisque le conseil de famille peut se composer d'amis.

A ce propos il est à remarquer que dans notre droit ancien, les coutumes parlaient du « conseil des amis, des prochains amis », et alors « amis » voulait dire « parents ».

(2) Voir en sens contraire GARSONNET, t. VI, p. 210.

nécessaire, consulter le conseil de famille « *utilitatem pupillarum præter sequitur* ». Loi 10 ff. *de confirmando tutore*; et même, dans certains cas, la loi leur en fait un devoir. Ces cas sont d'ailleurs exceptionnels (art. 494 et 514 cod. civ.; art. 892 et 893 cod. proc. civ.); délation judiciaire de la tutelle d'un enfant abandonné (loi 14 juillet 1889, art. 13); réduction de l'hypothèque légale (art. 2143 cod. civ.); rectification de l'acte de naissance (art. 856 cod. proc. civ.).

Le tuteur également a cette faculté, et il peut, même s'il s'agit d'un acte pour l'accomplissement duquel il a plein et entier pouvoir, requérir la convocation du conseil de famille; mais il ne faudrait pas croire que, ce faisant, sa responsabilité personnelle sera supprimée ou simplement diminuée, en droit elle restera toujours la même, bien qu'en fait elle sera moins sévèrement appréciée.

A proprement parler, le but des Avis est d'éclairer les magistrats ou le tuteur, mais non de les lier; et les tribunaux pourront fort bien rendre un jugement complètement opposé aux opinions des membres de l'assemblée comme d'ailleurs le tuteur pourra n'en tenir aucun compte (1).

Lorsqu'au contraire, le conseil de famille est convoqué pour prendre des délibérations, sa volonté doit être suivie.

Les délibérations sont des actes par lesquels le conseil de famille prend, ordonne ou autorise *directement* une mesure quelconque (2).

(1) Notons qu'en pareille circonstance le conseil n'est pas plus obligé de délibérer que le tuteur n'est astreint à suivre sa décision.

(2) AUBRY et RAU, t. I, § 95, p. 613.

Telles sont d'abord les résolutions par lesquelles il nomme le tuteur et le subroge-tuteur ; telles sont les décisions par lesquelles il statue sur les causes d'excuse, d'exclusion ou de destitution de l'un et de l'autre ; tels sont encore les actes par lesquels il prescrit directement quelques mesures dans l'intérêt du mineur (art. 454 et suiv.) ou par lesquels il statue sur les demandes qui lui sont adressées par le tuteur afin d'obtenir son autorisation, dans les cas où elle est exigée.

Les décisions du conseil de famille ne sont donc pas des jugements, elles ont néanmoins une vertu qui leur est propre, une force légale qui s'y attache, surtout quand le législateur en a validé d'avance l'expression.

Les unes, c'est le droit commun, reçoivent dès qu'elles sont prises, leur plein et entier effet, sans avoir besoin d'aucune autre consécration.

D'autres, c'est l'exception, doivent être homologuées par le tribunal pour produire tous leurs effets.

Tels sont les caractères essentiels des « délibérations » et des « avis de parents ». Nous voyons que malgré la confusion du législateur, ces deux actes se distinguent nettement l'un de l'autre. Cependant aux uns comme aux autres il faut appliquer les mêmes règles de procédure, car, sous la rubrique « des avis de parents », et dans les mêmes articles, le législateur s'occupe à la fois des uns et des autres. C'est pourquoi, dans le cours de ce travail, nous emploierons indifféremment une expression ou l'autre pour désigner ces deux actes différents du conseil de famille ; nous ne ferons d'ailleurs que suivre, sur ce point, la tradition.

Nous avons dit que le conseil de famille était convoqué pour délibérer sur les intérêts moraux et financiers du mineur ou de l'interdit; mais ces délibérations peuvent n'être pas toujours exemptes de légèreté ou d'erreur, elles peuvent même être prises dans un intérêt contraire à celui du pupille.

En effet la parenté n'est une sérieuse garantie que si les membres de l'assemblée ont une réelle affection pour le mineur ou l'interdit. Si ce sentiment n'existe pas, deux choses peuvent se produire : ou bien l'assemblée devient indifférente pour le gouvernement de la personne et des biens qui lui sont confiés, et dans ce cas elle sera tentée de délibérer à la légère, sans prendre toutes les précautions désirables; ou bien, ce qui est plus grave, le degré de parenté pouvant produire une opposition d'intérêt entre elle et le pupille, elle prendra des décisions contraires à l'intérêt de ce dernier et profitables à ses membres.

Le législateur a bien compris le danger qu'il y aurait à faire de ces décisions des sortes de sentences souveraines, contre lesquelles il n'y aurait rien à faire; aussi a-t-il organisé tout un ensemble de voies de recours permettant aux magistrats de modifier ou de réformer la décision du conseil de famille.

Ces voies de recours sont établies dans les articles 883 et suivants du code de procédure civile, complétant et généralisant sur ce point le code civil qui ne parle guère que du recours possible dans l'hypothèse toute spéciale d'une délibération rejetant les excuses proposées par le tuteur, ou prononçant son exclusion ou sa destitution (1).

(1) Art. 439, 448, 449 du cod. civ.

En résumé :

S'il faut distinguer les « avis de parents », des « délibérations du conseil de famille » au point de vue de leur influence sur l'administration de la tutelle, nous devons les confondre au point de vue des formalités exigées par la loi pour qu'ils soient valablement émis, et leur appliquer les mêmes règles de procédure.

En droit commun, les délibérations *lato sensu* sont exécutoires par elles-mêmes, mais certaines d'entre elles, en raison de leur gravité exceptionnelle, doivent être homologuées par le tribunal pour produire tous leurs effets.

Enfin, les décisions de l'assemblée, pour donner toutes les garanties désirables, sont susceptibles d'être réformées par les tribunaux.

Le législateur a organisé un régime spécial de procédure à l'occasion de ces délibérations, de leur homologation et des voies de recours ouvertes contre elles. Mais les textes sont brefs à ce sujet et laissent une large place à l'interprétation. Cependant, à l'aide des principes généraux qui régissent notre droit français, la jurisprudence et les auteurs sont arrivés à combler presque toutes les lacunes en cette matière (1).

L'étude de ces règles de procédure auxquelles donne lieu la réunion d'un conseil de famille, telle est la tâche que nous nous sommes imposés, aidés que nous serons sur ce point par la doctrine et la jurisprudence.

(1) Voir cependant plus loin, page 22, la question de savoir si l'article 416 du code civil parle de la majorité absolue ou relative. Cette question n'est point encore tranchée.

Cette étude sera divisée de la façon suivante :

I^{re} PARTIE. — Règles qu'il faut observer pour valablement délibérer.

II^{me} PARTIE. — Exécution des décisions du conseil de famille ; de l'homologation nécessaire à certaines d'entr'elles.

III^{me} PARTIE. — Voies de recours ouvertes contre les délibérations.

APPENDICE. — Dispositions fiscales.

PREMIÈRE PARTIE

Règles que le Conseil de famille doit observer pour prendre valablement ses décisions

Lorsque les intérêts du mineur l'exigent, le conseil de famille est convoqué par le juge de paix, soit d'office, soit sur réquisition, afin de délibérer.

Pour sauvegarder les intérêts de l'incapable, et dans le but d'éviter l'arbitraire, le législateur a établi plusieurs règles concernant le mode de délibération du conseil de famille ; mais les textes sont brefs à ce sujet et le commentateur est souvent livré à ses propres forces pour leur interprétation.

L'article 415 du code civil, alinéa 2, dit bien que la présence des trois quarts des membres convoqués sera nécessaire pour délibérer, mais qui faut-il comprendre dans ce *quorum* ?

L'article 416 est une des dispositions les plus obscures du code civil : « Le conseil de famille, dit-il, sera présidé » par le juge de paix, qui y aura voix délibérative et prépondérante en cas de partage ». Mais quand y aura-t-il partage ? Lorsque l'assemblée sera divisée en deux fractions ou en plusieurs ?

L'article 883 du code de procédure civile décide que :

« toutes les fois que les délibérations du conseil de » famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des » membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. » Cet article s'applique-t-il à toutes les délibérations ou seulement à celles qui doivent être homologuées ? Doit-on simplement mentionner l'avis au procès-verbal, ou faut-il, en généralisant l'article 447 du code civil, décider que dans tous les cas cet avis sera motivé ?

Tel est l'objet de notre première partie que nous diviserons ainsi :

- 1° Du *quorum* nécessaire pour délibérer.
 - 2° Les délibérations doivent-elles être prises à la majorité relative ou absolue ?
 - 3° Non publicité des délibérations.
 - 4° Mention des avis au procès-verbal.
 - 5° Interprétations des délibérations.
-

CHAPITRE PREMIER

Du quorum nécessaire pour délibérer

Au jour fixé par la convocation, les personnes appelées se rendent au local désigné par le juge de paix ; elles se réunissent sous la présidence de ce magistrat (1) et constituent le conseil de famille.

L'article 415 du code civil exige que les trois quarts au moins des membres soient présents à la délibération pour qu'elle puisse valablement être prise. Evidemment le nombre fixé par le législateur ne peut être exactement atteint ; mais, en argumentant des mots " au moins " insérés dans la loi, on peut affirmer qu'il faut se maintenir au-dessus de la fraction, et par conséquent exiger dans les cas ordinaires, cinq membres sur six, et dans celui où le conseil est composé de frères germains ou d'ascendants, six sur sept, six sur huit, neuf sur douze, etc...

Le juge de paix n'est pas compris dans les trois quarts : s'il est membre du conseil de famille, il n'est pas membre convoqué. Cela a été dit formellement au cours des tra-

(1) Si le Juge de paix était empêché il serait remplacé par son suppléant, mais non par un membre du conseil de famille. Le tribunal de première instance n'aurait pas le droit de nommer un de ses membres pour remplacer le juge de paix dans sa présidence.

vaux préparatoires : « après les mots, *la présence des trois*
» *quarts au moins des membres*, la section pense qu'il con-
» viendrait d'ajouter *convoqués*. Par ce moyen, le juge de
» paix ne serait point compté dans ce nombre, puisque
» c'est lui qui convoque (1). »

De même ne doit pas être compté le greffier. Celui-ci d'ailleurs n'est point membre du conseil, il ne délibère pas ; son rôle se borne à assister le juge de paix, à tenir la plume, et à délivrer des expéditions à qui de droit (2).

Le membre qui comparait seulement pour présenter une excuse et qui se retire après l'admission de cette excuse, ne doit pas être compris non plus dans le *quorum* exigé par l'article 415 du code civil ; on ne peut pas dire qu'il a été présent à la délibération (3).

Mais la présence des membres suffit-elle, alors qu'ils ne délibèrent pas et refusent même de délibérer ?

Il a été jugé qu'il n'est pas nécessaire, pour la validité de la résolution, que tous les membres prennent part à la délibération (4). Cela paraît déraisonnable au premier abord et l'on peut objecter que ce n'est pas réellement comparaître que d'être présent *corpore* et d'être absent *animo*. Répondons que la loi aurait pu le décider ainsi,

(1) FENET, lég. civ., t. 10, p. 611.

(2) En cas d'empêchement du Greffier ou de son commis assermenté, comme il est impossible que le cours de la justice soit arrêté, le juge de paix est en droit de nommer un greffier provisoire, et ce greffier doit prêter serment avant d'accomplir l'acte pour lequel il a été nommé.

(3) Agen, 26 mars 1810, S. rec. gén. 1810, 2, 239.

(4) Bruxelles, 15 mars 1806. Aff. Morgat. rapporté au Sup. J. G. V. Minorité, n° 176, en note.

Bruxelles, 11 février 1888, Paricrisie belge, 1888, 3, 128.

mais qu'elle ne l'a pas fait. D'ailleurs le refus de donner son avis, de la part d'un membre, peut provenir du caractère même de la délibération, et toute latitude doit être laissée aux membres du conseil. De plus, si la loi avait exigé que les trois quarts prissent part à la délibération, la minorité, en s'en abstenant, aurait pu empêcher toute décision, ce qui eut compromis les intérêts du mineur. Il faut donc comprendre ces membres dans le *quorum* fixé par la loi.

Il faut également compter celui qui serait intéressé à l'objet même de la délibération et qui n'aurait pas été récusé.

Cependant dans le cas spécial où il s'agirait de nommer un subrogé-tuteur, le tuteur, bien que présent, ne pourrait pas voter (art. 423 c. c.).

De même, si le subrogé-tuteur peut prendre part aux délibérations du conseil de famille, comme membre, tant que les intérêts du pupille ne sont pas en opposition avec ceux du tuteur, dans le cas contraire, cela ne lui est pas permis et on ne doit plus le compter dans le *quorum*.

Les membres présents doivent-ils rester jusqu'à la fin de la délibération ?

Cela n'est point exigé, et c'est avec raison que le tribunal d'Alger (1) a déclaré valable une délibération prise par plus des trois quarts des membres convoqués, bien que certains d'entr'eux se soient retirés avant la fin de la délibération, mais après avoir manifesté leur opinion.

Bien que la présence des trois quarts des membres suffise

' (1) Alger, 4 février 1888, rev. Alg., 1889, p. 263.

pour que le conseil de famille puisse valablement délibérer, le juge de paix ne doit pas se contenter pour cela de ne convoquer que ce nombre strictement nécessaire; il doit au contraire appeler au conseil tous ceux qui en font partie.

Qu'arriverait-il si un membre faisait défaut alors même que le *quorum* nécessaire pour délibérer serait atteint ?

Cela dépend de la nature de la convocation :

Si elle a été régulière, c'est-à-dire faite par citation d'huisier, le juge de paix déclarera défaillant le membre absent, et prononcera contre lui l'amende, conformément à l'article 443 du code civil; le conseil de famille pourra quand même valablement délibérer.

Si au contraire la convocation a été faite verbalement ou par simple lettre, alors même que le parent absent ait promis de se rendre au conseil, le juge de paix ne pourra ni le condamner à l'amende, ni passer à la délibération. En effet, le membre absent pourrait attaquer comme nulle une délibération prise dans ces conditions, dire qu'il n'a pas été convoqué régulièrement, ou même qu'il n'a pas été convoqué du tout, prétendre que ses explications auraient modifié les opinions, en tout cas que son vote pouvait déplacer la majorité.

Le membre du conseil, régulièrement appelé, est tenu de se rendre en personne à l'assemblée (art. 412 cod. civ.) et ce, nous l'avons dit, sous peine d'amende. Si cependant, en raison de ses occupations ou pour toute autre cause, il ne peut assister à la délibération, il a deux moyens de se soustraire aux peines édictées par la loi : d'un côté, il a droit, si son excuse est légitime, de s'en prévaloir, d'autre

part, il peut se faire représenter au conseil par un mandataire (même article) (1).

Le législateur a eu soin d'ajouter : « par un mandataire spécial ». Le membre qui se fait représenter ne peut donc donner à son remplaçant que le pouvoir de délibérer sur une certaine affaire spécifiée, ou tout au plus sur les affaires devant faire l'objet d'une réunion spécialement indiquée (argument tiré de l'art. 1987 du code civil).

Il n'est point exigé que les procurations soient authentiques : les mandataires des parties peuvent se présenter devant le juge de paix avec de simples procurations sous seing privé, pourvu que ces procurations soient enregistrées et annexées ensuite au registre des délibérations.

Qui peut se faire représenter au conseil de famille ?

Cette faculté n'appartient pas seulement aux parents ou

(1) « M. BIGOT-PRÉAMENEU propose d'autoriser les parents à comparaître » par un fondé de pouvoir.

» Le Consul CABBACÈRES dit que si cette faculté leur était refusée, les » plus proches parents se trouveraient quelquefois dans l'impossibilité de » concourir au choix du tuteur. Cependant, ajoute le Consul, afin que la » nomination ne soit pas remise à l'arbitrage d'un seul ou d'un trop petit » nombre d'électeurs, il conviendra de ne pas permettre que plusieurs se » fassent représenter par le même fondé de pouvoir.

» M. BERLIER dit qu'on pourrait échapper à l'inconvénient dont a parlé » le Consul, en exigeant que chaque procuration désignât l'individu » qu'entend élire le parent qui le donne.

» Le Consul CABBACÈRES répond que le fondé de pouvoir doit être » autorisé à voter, parce que c'est la délibération qui détermine le choix. » D'ailleurs, si celui qui est nommé s'excuse, il importe qu'on le remplace » aussitôt ».

L'article est adopté avec les amendements proposés par le Consul CABBACÈRES et M. BIGOT-PRÉAMANEU.

Locré, lég. civ., t. VII, p. 181.

alliés du mineur domiciliés en dehors de la distance légale et que le juge de paix aurait appelés en vertu des articles 409 et 410 du code civil, elle est également accordée aux alliés ou amis qui doivent être pris dans la commune même où se tient l'assemblée.

On pourrait objecter que cette faculté, accordée à tous, n'est point entièrement d'accord avec la première pensée du législateur. En effet, si ce dernier a tracé étroitement le cercle dans lequel doivent être pris les membres du conseil de famille, c'est afin de s'assurer le concours personnel des parents ou alliés, sans les forcer à des déplacements pénibles; or, avec le système de la représentation, si le déplacement n'a pas lieu, les appelés ne concourent plus aussi directement à la délibération. C'est évident, mais le législateur a craint d'autre part les difficultés qu'il y aurait s'il fallait nécessairement réunir en personne les membres de l'assemblée, et les retards préjudiciables au mineur qui résulteraient de ces difficultés (1).

Le droit de se faire représenter appartient donc à toute personne convoquée, mais le mandat peut-il choisir librement son représentant ?

Il est de principe certain que le mandataire doit autant que possible remplacer utilement la personne dont il a le mandat.

De ce principe découlent plusieurs conséquences : le mandat ne doit pas être donné à un incapable, le fondé de pouvoir ne peut représenter qu'un seul mandant, le mandat ne doit pas être impératif.

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 295.

1°. — Le mandant ne doit pas choisir pour mandataire, et le juge de paix ne doit pas agréer comme tel, une personne qui serait elle-même incapable d'être membre d'un conseil de famille (1).

Ainsi, le mineur ne peut pas plus figurer à l'assemblée comme représentant que comme membre convoqué (2).

Cependant il faut excepter le père ou la mère du mineur (art. 442 1° du code civil); quoique mineurs eux-mêmes, ils peuvent faire partie du conseil de famille de leurs enfants, mais de celui-ci seulement, et non pas de tous les conseils; le texte est exceptionnel et ne doit pas être étendu aux cas qu'il ne prévoit pas.

Il en est de même pour le mineur émancipé, bien qu'en vertu de l'article 1990 du code civil il soit capable d'être mandataire; mais ce texte suppose un mandat donné uniquement dans l'intérêt du mandant, tandis que dans les délibérations du conseil, il s'agit essentiellement des intérêts du mineur.

De même encore, bien qu'en général elles peuvent être choisies pour mandataires, les femmes, autres que la mère et les ascendantes du mineur, ne peuvent représenter une partie à l'assemblée des parents, car la loi les déclarent incapables de siéger au conseil (3).

S'il en était autrement les dispositions de l'article 442 du code civil deviendraient illusoires.

La présence au conseil de famille d'un de ces incapables

(1) a. 442, 445 du cod. civ.

(2) Orléans, 12 janvier 1850, D. P. 1850, 2, 60.

(3) Art. 442 du cod. civ.

entraînerait la nullité de la délibération, alors même que sans les compter, les autres membres délibérants se trouveraient en nombre suffisant pour prendre valablement une décision (1).

Enfin, le greffier qui assiste le juge de paix ne peut pas non plus être mandataire (2)

2°. — Le même mandataire ne peut représenter plus d'une personne (art. 412 du cod. civ.).

Sans cela les intérêts du mineur seraient moins sérieusement débattus, ils pourraient même ne l'être plus du tout, en supposant que tout le conseil soit représenté par un seul membre qui agirait alors à sa guise.

En vertu de cette même idée, un membre qui participe à la délibération pour son propre compte, ne peut en outre y prendre part comme représentant d'un autre individu convoqué à la même assemblée.

Mais dans ce cas, et malgré cette représentation irrégulière, si les trois quarts des parents convoqués ont été présents à la délibération, la décision ne sera pas nulle (3).

(1) Orléans, 12 Janvier 1850 — arrêt déjà cité.

Cet arrêt ne vise que le mineur, mais il doit être étendu au mineur émancipé et à la femme.

(2) A cette liste, nous devons ajouter, pour être complet : 1° Ceux qui ont, ou dont le père et la mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une notable partie de ses biens sont compromis.

2° Les condamnés à certaines peines.

3° Les individus déchus de la puissance paternelle.

4° Ceux exclus ou destitués de la tutelle.

Ces membres ne peuvent pas faire partie du conseil de famille, même à titre de mandataire.

(3) Turin, 20 février 1807 — arrêt rapporté dans DaI. J-G. V° Minorité, n° 161, note 1.

3°. — Le mandataire ne doit pas recevoir de mandat impératif, ni « apporter à la délibération un vote tout fait » que les lumières de la discussion et les renseignements » qui lui seraient fournis, ne pourraient plus modifier ».

V. M. DEMOLOMBE.

Lors de la rédaction du code civil Berlier avait proposé d'exiger que la procuration, donnée pour prendre part à la nomination d'un tuteur, désignât la personne qu'entendait élire le mandant, mais Cambacérès fit rejeter cette proposition en faisant remarquer « que le fondé de pouvoir » devait être autorisé à voter parce que c'était la délibération qui déterminait le choix (1) ».

Le vote des personnes qui composent le conseil de famille doit donc être déterminé par la délibération qui précède ce vote, et le juge de paix doit tenir pour nulle la procuration qui énonce l'avis à donner par le mandataire ; il ne doit même pas admettre ce fondé de pouvoir à prendre part à la délibération et doit considérer le mandant comme défaillant.

Les documents de la jurisprudence sont peu nombreux sur la matière.

Avant 1889 les tribunaux n'avaient point encore tranché la question d'une manière absolue. Dans les recueils nous avons trouvé deux arrêts s'y rapportant : un arrêt de la Cour de Paris du 26 avril 1852 et un arrêt de la Cour de Metz du 24 brumaire an XII (2). Mais la question s'était

(1) Voir note page 15.

(2) Paris, 26 avril 1852, D. P. 52, 2, 174. Metz, 24 brumaire an XII, rapporté J. G. V° Minorité, note 163, n° 1.

plutôt posée devant ces Cours sous forme de proposition contraire : une délibération doit-elle être annulée lorsque le mandataire n'a pas reçu une procuration impérative ?

La Cour de Paris déclara simplement valable une telle délibération. La Cour de Metz avait été plus catégorique et plusieurs de ses *considérants* montrent bien que dans la pensée de la Cour, non seulement une délibération ne doit pas être annulée lorsque le mandataire n'a pas reçu une procuration impérative, mais encore que dans le cas où ce dernier aurait reçu une telle procuration, la délibération devait être annulée : « La Cour, est-il dit dans cet arrêt, » considérant que... c'est vouloir ajouter aux dispositions » de la loi que d'obliger le mandant à émettre son vœu par » sa procuration même, ce serait enchaîner son mandataire » spécial pour l'objet de la convocation, qui doit être » seulement rappelé, et gêner les suffrages qui ne se » forment souvent qu'après les observations et discussions » qui ont lieu entre les membres de l'assemblée ; et l'on » conçoit qu'il pourrait résulter des inconvénients graves, » les opinions des fondés de pouvoir n'étaient pas si » libres ; etc. ».

En 1889, le tribunal de Chambéry alla plus loin et décida nettement que le mandat donné sous la forme impérative est nul (1).

La Cour de Pau et la Cour d'Angers ont également rendu des arrêts en ce sens (2).

(1) Chambéry, 10 mars 1889, rapporté J. G. Sup. V^o Minorité, n^o 111, note 1.

(2) Pau, 2 janvier 1895 — D. P. 96, 2, 217.

Angers, 23 mars 1896 — D. P. 96, 2, 477.

Nous pensons avec ces tribunaux et la presque unanimité des auteurs qu'un tel mandat est nul et rend nul la délibération (1). En effet qu'exige la loi ? Que le conseil de famille délibère sur les mesures qu'il convient de prendre dans l'intérêt du pupille ; or, il est de l'essence même des délibérations que ceux qui y prennent part, discutent les mesures qui y sont proposées et n'admettent un avis qu'après avoir été suffisamment éclairés par la décision.

Le législateur l'a bien compris et n'a pas permis aux parents, dans le cas où il leur serait impossible d'assister à la réunion, d'envoyer au juge de paix leur opinion par écrit ; il a exigé qu'ils s'y fassent représenter par un mandataire spécial, et a en même temps décidé qu'un fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne (art. 442 du cod. civ.). C'était manifester la volonté que la délibération soit sérieuse, et elle ne le serait pas si les mandataires appelés à y prendre part devaient se borner à voter dans un sens déterminé à l'avance et que rien ne pourrait changer.

En résumé, les trois quarts des membres convoqués suffisent pour que le conseil de famille puisse émettre valablement son avis, que les appelés comparaissent en personne ou par mandataires spéciaux.

Le juge paix et le greffier ne sont pas comptés dans le *quorum* exigé.

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 295. LAURENT, t. IV, n° 457. — AUBRY et RAU, 4^{me} édition, t. I, § 94, p. 384, note 8, et v., — Voir en sens contraire ALLAIN et CARRÉ, *Manuel des Juges de paix*, t. I, n° 475 ; MICHEL, *Vademecum des Juges de paix*, n°s 270, 271.

CHAPITRE II

Les délibérations doivent-elles être prises à la majorité relative ou absolue des suffrages ?

Les membres présents étant en nombre suffisant pour délibérer, le juge de paix expose les motifs de la convocation, il éclaire l'assemblée, délibère lui-même, pose des questions, en un mot dirige la discussion; si les membres ne se trouvent pas suffisamment éclairés, il ajourne au prorogé l'assemblée à l'effet d'obtenir d'autres renseignements.

Enfin, le moment venu, il recueille les avis en commençant par les parents et les alliés les plus âgés ou les plus proches, puis il émet son avis personnel et proclame le résultat de la délibération.

Si tous les suffrages se sont portés sur la même opinion, immédiatement la décision portera tous ses effets, sauf recours : le tuteur nommé entrera de suite en fonctions s'il est présent à l'assemblée (1), l'acte qu'il s'agissait d'autoriser peut désormais être valablement accompli. Mais si les suffrages se sont divisés en deux ou plusieurs fractions, quel sera le résultat de ce partage ?

(1) S'il n'est pas présent à sa nomination, suivant l'art. 882 du code de proc. civ., un des membres de l'assemblée sera désigné pour lui notifier sa nomination, dans les trois jours. C'est au reçu de cette notification qu'il entrera en fonctions.

La loi est brève sur ce point et se contente de dire : « que » le juge de paix à voix prépondérante en cas de partage » art. 416 *in fine*.

Cette disposition du code civil, si simple dans sa formule, est cependant une de celles dont l'interprétation a soulevé le plus de difficultés. En parcourant nos meilleurs auteurs, les plus fidèles interprètes de nos lois, nous n'avons trouvé que désaccord et contradiction ; plusieurs même parmi eux, et des plus compétents en la matière ont déclaré la question insoluble (1).

Nous abordons donc ce sujet avec une certaine amertume, assurés d'avance que tous les systèmes proposés pour résoudre la question sont arbitraires et qu'il faut, pour donner malgré tout une solution, ou tomber en désaccord avec la loi ou tout au moins être complètement en dehors de ses termes.

Voici comment se pose la question qui nous occupe :

Faut-il décider que, selon l'article 416 du code civil, il y a partage lorsque l'assemblée, délibérant en nombre pair, se divise en deux fractions égales, par exemple, trois contre trois ? Que donc, l'opinion qui réunit deux voix plus celle du juge de paix, doit l'emporter, grâce à la prépondérance de cette dernière ?

Au contraire, est-il préférable de dire que le partage existe lorsque l'assemblée est divisée en plusieurs fractions dont aucune ne réunit la majorité absolue, c'est-à-dire la moitié des voix plus une ; par exemple, lorsque deux opinions

(1) MM. DEMOLOMBE, t. VII, n° 315, p. 93 ; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. II, n° 164 bis, p. 202.

réunissent chacune trois voix, une troisième n'en ayant qu'une ? De telle sorte que celle des deux opinions qui réunit trois suffrages, parmi lesquels celui du juge de paix, doit l'emporter ?

Autrement dit, les délibérations du conseil de famille doivent-elles être prises à la majorité absolue des suffrages, ou à la majorité relative (1) ?

Examinons d'abord la théorie qui admet comme suffisante la majorité relative.

Cette opinion est représentée principalement par Proudhon (t. II, p. 32), Chardon (traité des trois puissances, p. 94), Biret (traité des nullités, t. I, p. 285), etc...

Ces auteurs décident qu'il y a partage aux yeux de la loi, lors même que plus de deux opinions auraient été émises par les membres du conseil de famille, de telle sorte qu'aucune ne formerait la majorité absolue.

Ainsi, pour prendre un exemple concret, imaginons une assemblée convoquée pour nommer un tuteur au mineur. Les avis ont donné ce résultat : trois membres ont voté pour *primus*, trois autres, parmi lesquels le juge de paix, pour *secundus* et un septième pour *tertius*. Les partisans de cette opinion diront que dans notre cas, la majorité relative

(1) La difficulté prévue dans la controverse qui va suivre s'élèvera surtout pour la nomination des agents de la tutelle. Dans presque toutes les autres circonstances, les questions soumises aux conseils de famille ne donnent lieu qu'à l'affirmative ou à la négative. Les « oui » et les « non » se diviseront forcément en deux fractions seulement, et en cas de partage par moitié, la voix du juge de paix départagera.

Mais quand il s'agit de nommer le tuteur ou tout autre agent de la tutelle, les séries peuvent se multiplier bien davantage, chaque membre pouvant en nommer un différent de ceux des autres.

étant suffisante, *secundus* sera valablement nommé tuteur, grâce à la voix prépondérante du juge de paix qui a fait pencher le plateau de la balance en sa faveur.

Voici les principaux arguments employés pour justifier cette opinion.

1° D'abord, que dit l'article 416 du code civil? Il décide simplement que la voix du juge de paix est prépondérante en cas de partage. Mais, disent les auteurs, il y a partage au sens absolu du mot, toutes les fois qu'une assemblée délibérante est divisée en un nombre quelconque de fractions; c'est donc ajouter quelque chose à la loi que de restreindre le partage au cas unique où deux opinions seulement divisent le conseil (1).

2° Du reste, si la majorité absolue était exigée pour que la délibération produise ses effets, il arriverait souvent que la décision serait absolument impossible : le juge de paix, ni aucune autre autorité, ne peuvent contraindre les délibérants à se réduire à deux opinions, cela ressort de l'esprit de la loi. Mais alors comment obtenir cette majorité (2) ?

En admettant même que l'on puisse employer les procédés proposés par les partisans de la majorité absolue, pour vaincre l'entêtement des membres de l'assemblée, il faudrait nécessairement renvoyer ces derniers à une autre délibération, qui pourra peut-être n'être pas plus heureuse ; ce serait, on le voit, s'exposer parfois à bien des difficultés,

(1) M. TAULIER, t. II, p. 32.

(2) M. CHARDON, *loco citato*, p. 95.

en tout cas à des retards très préjudiciables aux intérêts du mineur ou de l'interdit (1).

3º D'ailleurs ce n'est qu'à la majorité relative que la prépondérance peut se rapporter. En effet l'article 416 suppose, sans doute, le conseil de famille composé régulièrement, d'après les articles qui précèdent, c'est-à-dire de six membres et le Juge de Paix président. Or, si cet article se référerait seulement au cas où il se forme deux opinions, il n'y aurait jamais lieu de l'appliquer. Il est évident que l'une des deux opinions aurait toujours la majorité absolue, en dehors de toute idée de prépondérance de juge de paix, car, le plus grand équilibre qui puisse se présenter, est trois voix contre quatre. Donc, ces mots « en cas de partage » n'ayant plus aucune application possible seraient vides de sens, ce qui est inadmissible.

La conséquence est alors celle-ci : l'article 416 du code civil se réfère à l'hypothèse où l'assemblée est divisée en plusieurs fractions (2).

Les auteurs de la majorité absolue combattent vivement ce système et M. Demolombe, un de leurs principaux représentants, en réfute les arguments point par point.

1º On ne peut nier, dit-il en substance, qu'au sens absolu, au sens « philosophique » du mot, il y ait partage toutes les fois qu'une assemblée délibérante est divisée en un nombre quelconque de fractions; on peut même ajouter

(1) MM. TOULLIER, t. II, n° 1191; PROUDHON, *loc. cit.*; ZACHARIAE, t. I, p. 96; LOGRÉ, *Esprit du Code civil*, p. 95; CHARDON, *loc. cit.*, etc.

(2) En faveur de cette théorie, voir arrêt de la Cour de Gand du 27 juin 1834. *Pusurisié belge*, 1834, 2, 149.

que plus les suffrages seront divisés plus le partage sera intense et profond.

Mais, et là est toute la question, la loi emploie-t-elle le mot partage dans ce sens absolu ?

Non. Cette expression employée seule, sans aucun qualificatif, ni aucune addition, exprime en règle générale, que seulement deux opinions adverses sont en présence.

La preuve, M. Demolombe la trouve dans les articles 117 et 118 du code de procédure civile.

Art. 117. « S'il se forme plus de deux opinions, les juges » plus faibles en nombre seront tenus de se réunir à l'une » des deux opinions qui auront été émises par le plus grand » nombre; toutefois, ils ne seront tenus de s'y réunir » qu'après que les voix auront été recueillies une seconde » fois ».

Art. 118. « En cas de partage, on appellera, pour le vider, » un juge; à défaut de juge, un suppléant; à son défaut, un » avocat attaché au barreau, et à son défaut, un avoué; tous » appelés selon l'ordre du tableau : l'affaire sera de » nouveau plaidée ».

Ce qu'il faut retenir de ces articles, c'est que le législateur prescrit de ramener à deux toutes les opinions. Il faut également remarquer que dans ces articles, comme dans l'article 416 du code civil, le mot partage est employé sans aucun qualificatif ni aucune addition.

Nous verrons plus tard ce qu'il faut penser de cette objection.

2^o En renvoyant à l'article 117 du code de procédure civile, les partisans de la majorité absolue ont par le fait même écarté le motif tiré de l'impossibilité de la décision :

en effet, s'il se forme plus de deux opinions, les membres les plus faibles en nombre seront tenus de se réunir à l'une des deux opinions les plus fortes; et alors, si deux avis se contrebalancent encore, la voix prépondérante du juge de paix détruira l'équilibre. Dans tous les cas, il y aura donc une solution qui prévaudra.

3^o Mais le troisième motif invoqué pour justifier la théorie de la majorité relative subsistera quand même; le juge de paix n'a pas reçu de la loi le pouvoir de forcer directement les membres les plus faibles en nombre à se rallier à l'une des deux opinions les plus fortes. Si ceux-ci persistent dans leur entêtement, il sera contraint de réunir une nouvelle assemblée et peut-être de convoquer de nouveaux membres, pour arriver à une majorité absolue; d'où retards préjudiciables à l'intérêt du mineur.

Et quand même cela serait, l'intérêt invoqué serait-il bien garanti par une décision que l'on dit prise à la majorité « relative » mais que l'on peut plus justement dire prise à la « minorité » ? « Car, dit M. Demolombe, qu'est donc la majorité relative ? Mais, c'est la minorité, après tout ! » En effet, imaginons une délibération qui ait obtenu trois voix, si les quatre autres, différentes de celles-ci, sont aussi différentes entre-elles, en réalité, nous aurons ce résultat : trois contre quatre. Et même on peut aller plus loin, et dire que, d'après le système de la majorité relative la résultante d'une délibération pourrait être deux contre six ou sept.

« Quand on pense, ajoute M. Demolombe, que, dans » cette minorité si faible, quoique plus forte que les » autres, il peut se trouver une voix personnellement inté-

» ressée, la voix par exemple de celui qui se nommerait
» lui-même tuteur, on doit sans doute reconnaître qu'une
» telle majorité n'est pas aussi rassurante que la majorité
» absolue ».

Le système que nous venons d'examiner n'avait donc aucune chance de réussir ; cependant, en feuilletant les ouvrages de jurisprudence, nous avons trouvé un arrêt de la Cour de Gand (1) décidant que la majorité relative suffit.

Devons-nous alors adopter aveuglément la théorie de la majorité absolue ?

Nous verrons que cette opinion soulève également de graves objections.

En voici l'exposé.

L'article 416 du code civil dit que le juge de paix a voix prépondérante en cas de partage. Or, il y a partage quand l'assemblée, délibérant en nombre pair, se trouve divisée en deux fractions égales, comme par exemple trois contre trois, de sorte que la prépondérance de la voix du juge de paix n'aurait pour effet que de donner la majorité absolue à l'une des deux opinions égales.

Telle est l'opinion de MM. DELVINCOURT (t. I, p. 108), DURANTON (t. III, n° 466) ; VALLETTE sur PROUDHON (t. II, p. 323) ; ROLLAND de VILLARGUES (n° 16) ; DU CAURROY,

(1) Arrêt précité. La Cour dans cet arrêt invoque le silence de la loi : si, dit-elle, le législateur avait voulu la majorité absolue, il n'eut pas manqué de l'exprimer en toutes lettres, comme il a toujours soin de le faire quand il ne se contente pas de la majorité relative. — Il nous semble, au contraire, que le silence de la loi témoigne contre le système de la Cour de Gand : la majorité absolue est la seule vraie majorité.

BONNIER et ROUSTAIN (t. I, n° 614); HUC (t. III, n° 312, p. 314); DEMANTE (t. II, n° 164 bis); AUBRY et RAU (t. I, 94, p. 384, note 14); LAURENT (t. IV, n° 461); MARCADÉ, DEMOLOMBE, etc...

Ce système ne soulève pas d'objections si, dans le conseil, il ne se forme que deux opinions.

En effet, si l'assemblée se compose, selon les prescriptions de l'article 408 du code civil, de sept membres y compris le juge de paix, pas de difficulté, les résultats donneront : un contre-six, deux contre cinq ou trois contre quatre; dans tous les cas une des deux opinions obtiendra la majorité absolue, c'est-à-dire au moins la moitié des voix plus une.

Si, d'autre part, le conseil de famille se compose d'un nombre pair, de six ou huit membres, et que la moitié vote dans un sens, la moitié dans l'autre, l'article 416 du code civil décide que, la voix du juge de paix étant prépondérante, la balance penchera du côté où elle sera placée.

Mais est-ce bien là ce qu'a voulu dire la loi ? Est-il admissible qu'après avoir posé la règle que le conseil se composera de sept membres, elle ait pensé que les dérogations à cette règle seraient assez fréquentes pour nécessiter une disposition particulière (la prépondérance du juge de paix) ?

C'est bien possible et nous serions heureux de ne pouvoir pas faire d'objections plus sérieuses au système de la majorité absolue.

Mais l'hypothèse du partage en deux fractions ne se produira pas toujours, il faut bien alors envisager celle où il y

aura plus de deux opinions, dont aucune ne réunira la majorité absolue des suffrages, et se demander comment s'appliquera la règle de la prépondérance du juge de paix.

De la manière la plus simple, répondent certains partisans de la majorité absolue ; et c'est alors qu'ils appellent au secours de leur théorie l'article 117 du code de procédure civile.

L'article 117 veut que, s'il se forme plus de deux opinions, les voix plus faibles en nombre soient tenues de se réunir à l'une des deux opinions qui en ont obtenu le plus. Donc, si l'on a trois voix pour *Primus*, trois pour *Secundus* et une pour *Tertius*, ou bien trois pour *Primus*, deux pour *Secundus*, une pour *Tertius* et une pour *Quartus*, ou bien encore deux pour *Primus*, deux pour *Secundus*, une pour *Tertius*, une pour *Quartus* et une pour *Quintus*, chacune des voix qui s'était d'abord portée sur *Tertius*, *Quartus* ou *Quintus* sera obligée de se reporter sur *Primus* ou sur *Secundus*.

Avouons avec M. Laurent que ce système est inadmissible ; il faudrait un texte pour contraindre la minorité du conseil à changer d'avis, et ce texte nous manque. L'article 117 du code de procédure civile est une disposition exceptionnellement écrite pour les jugements, elle ne peut donc s'étendre par voie d'analogie aux délibérations du conseil de famille. Est-il besoin d'ajouter qu'en 1804, date de la promulgation du titre de la minorité, dans lequel est compris l'article 416 du code civil, le cas de partage entre les juges du tribunal n'était pas régi par les articles 117 et 118 du code de procédure civile promulgué deux ans plus

tard, mais bien par la loi du 14 prairial an VI qui d'ailleurs ne s'appliquait pas davantage à notre article.

En outre ce moyen a l'inconvénient de ne pas trancher la difficulté, mais seulement de la reculer.

Il y a des cas, en effet, dans lesquels l'application de l'article 117 n'est pas possible : lorsqu'il n'y a ni partage en deux fractions égales, ni deux opinions plus nombreuses que les autres sur l'une desquelles on put se reporter (trois voix pour *Primus*, deux pour *Secundus*, deux aussi pour *Tertius*, ou bien, deux voix pour un premier avis, puis les cinq autres pour cinq avis distincts); lorsqu'encore il existerait trois opinions ou plus, dont chacune présenterait un même nombre de voix, ou bien une seule opinion plus nombreuse que les autres, mais qui n'a pas et ne pourra réunir, malgré l'adjonction d'un nouveau membre, la majorité absolue.

Comment sortir de cette impasse ?

Divers moyens sont proposés, mais aucun d'eux n'est à l'abri de toute critique.

M. MARCADÉ (1) préconise la solution suivante :

Quand il n'y aurait aucune espèce de moyen d'arriver à la majorité absolue, force serait bien de se contenter d'une majorité relative, c'est-à-dire d'adopter l'avis qui a plus de voix que chacun des autres pris en particulier.

Ainsi si le conseil, composé de huit membres, est partagé en quatre avis ayant deux voix chacun, on appellera un nouveau membre par le vote duquel une des opinions se

(1) T. II, p. 220, n° 209.

trouvera avoir trois voix et cette opinion l'emportera par la majorité relative (1).

Si le conseil, composé de sept membres, présente une opinion ayant deux voix et cinq autres ayant une voix chacune, on appellera un nouveau membre : ou bien celui-ci adoptera une des cinq dernières opinions, et l'on appliquera par analogie l'article 117 du code de procédure civile ; ou bien il se joindra à la première opinion, et l'on aura ainsi une opinion de trois voix qui l'emportera contre les cinq autres d'une voix chacune, parce qu'il ne reste aucun moyen d'arriver à la majorité absolue.

Ce procédé mérite également le reproche d'appliquer à une matière spéciale un texte qui est exceptionnellement écrit pour une autre toute différente ; l'article 118 du code de procédure civile se rapporte aux jugements, mais ne s'applique pas aux délibérations du conseil de famille,

D'autre part, le système proposé par M. MARCADÉ a le grand tort de revenir, au moins dans un cas, à la théorie de la majorité relative.

Enfin la loi elle-même semble avoir précisément rejeté d'avance ce système.

Le projet portait d'abord :

« En cas de partage, et si le conseil ne peut s'accorder » sur le choix du départageant, il sera nommé par le juge » de paix » (2).

TRONCHET fit rejeter cette disposition, et proposa de faire départager le conseil par la prépondérance de la voix du

(1) Argument tiré de l'article 118 du code de procédure civile.

(2) LOCRÉ, *legislation civile*, t. VII, p. 133.

juge de paix, pour ne pas faire différer la nomination du tuteur. Sa proposition fut adoptée, d'où l'article 416 du code civil.

Un autre système (1) propose d'en référer au tribunal civil qui prendra les mesures nécessaires pour arriver à une solution. La Cour d'Aix, dans son arrêt du 10 mars 1840, décide que les magistrats ont le pouvoir de porter remède à la situation, en ordonnant, par exemple, la convocation d'un nouveau conseil de famille dont les membres anciens seraient exclus.

« Après tout, s'écrit M. DEMOLOMBE, il faut bien en finir, » il faut que la tutelle fonctionne. Si le conseil de famille » se divise et ne peut pas produire une délibération, le » tribunal avisera. »

Pas plus que les autres procédés, celui-ci ne peut nous satisfaire, « c'est un expédient commode, a-t-on dit, mais » ce n'est qu'un expédient. »

On peut d'abord reprocher à cette théorie d'organiser de tous points une procédure à laquelle la loi ne fait nulle part allusion.

On peut lui reprocher encore d'écarter illégalement du conseil de famille des membres qui peut-être n'étaient inspirés que par le désir de bien gérer les affaires du mineur et de l'interdit. D'ailleurs, la conséquence sera de constituer une nouvelle assemblée dans laquelle la liste des parents du pupille pouvant se trouver épuisée, il n'y rentrerait plus que des étrangers et des indifférents.

(1) MM. DU COURROY, t. I, n° 614. Arrêt de la Cour d'Aix, 10 mars 1840 rapporté au Dal, Jur. Gen. Sup. v° *Minorité*, n° 228, note 1. DEMOLOMBE, t. VII, p. 190. HUC, etc.

Enfin, on commet une grave erreur quand on propose d'en référer au tribunal civil pour arriver à vaincre l'obstination des membres dissidents; car il est de principe certain que les tribunaux ne peuvent connaître, en cette matière, que des difficultés soulevées par une délibération déjà prise. Il appartient au juge de paix de composer le conseil de famille, c'est à lui de le modifier s'il y a lieu, en s'inspirant des règles tracées par le code civil, sauf contrôle ultérieur des tribunaux de première instance (1).

En résumé :

D'un côté, nous ne pouvons accepter le système de la majorité relative, car cette majorité est fictive et pour qu'elle put fixer la décision de l'assemblée, un texte de loi serait nécessaire, or ce texte n'existe pas; car encore il n'offre pas les garanties suffisantes pour sauvegarder les intérêts du mineur. D'autre part, le système contraire ne peut résoudre, sans sortir des termes de la loi, le cas où le conseil de famille se divise en plus de deux opinions.

Cependant nous adoptons, avec la jurisprudence (2) et la plupart des auteurs, le système de la majorité absolue. Ce système a sur l'autre un avantage qui paraît décisif : c'est, en exprimant l'opinion du plus grand nombre, d'offrir les garanties les plus sérieuses; de plus, c'est la loi primordiale et fondamentale des majorités dans les assemblées délibérantes.

Voici le moyen que nous proposons pour donner une

(1) M. HUC, t. III, n° 312, p. 311.

(2) Nous n'avons trouvé que l'arrêt précité de la Cour de Gand favorable à la théorie de la majorité relative.

solution, au cas où l'assemblée est divisée en plusieurs fractions.

Première réunion. — Si une opinion rassemble la majorité absolue des suffrages, pas de difficulté, le juge de paix proclame la résolution adoptée, rédige le procès-verbal de délibération et le fait signer. Sinon, il dresse procès-verbal, en indiquant distinctement les diverses opinions des membres de l'assemblée; puis il ajourne la délibération.

Deuxième réunion. — Le juge de paix convoque une seconde fois, mais régulièrement, c'est-à-dire par citation d'huissier, les membres de la première assemblée. A la date fixée, le conseil délibère de nouveau. Si cette fois une décision obtient la majorité absolue, la délibération est valablement prise. Si non, le procès-verbal spécifiera l'avis de chacun des membres et indiquera un nouvel ajournement.

Troisième réunion. — Le juge de paix changera alors la composition du conseil de famille; il appellera de nouveaux membres et éliminera ceux qui n'ont pas voulu se rallier à l'une des opinions les plus fortes et qui, « en persistant dans leurs opinions individuelles, peuvent être » considérés comme refusant d'accomplir, dans le sens de » la loi, la mission qui leur est confiée, et ne peuvent, dès » lors se plaindre de se voir éliminés » (1).

Ainsi, les membres dissidents étant écartés, il est à peu près certain qu'une des plus fortes opinions obtiendra la majorité absolue, car souvent une seule voix suffira

(1) M. AUBRY et RAU, t. I, § 94, p. 611, note 16.

pour faire enfin pencher le plateau de la balance d'un côté ou de l'autre.

Ce procédé que nous proposons n'est pas à l'abri de toute critique ; en dehors de l'incertitude d'arriver à une solution (1), on peut lui reprocher le retard qui résultera fatalement de ces trois délibérations successives. Mais, le conseil de famille ne peut guère se diviser en plusieurs fractions que pour le cas spécial de nomination du tuteur ou subrogé-tuteur, et, pour un acte aussi grave, que signifie un léger retard à côté de la sérieuse garantie obtenue par la majorité absolue des suffrages rassemblée sur une seule tête ! D'ailleurs, ce procédé a le mérite de ne pas sortir des termes de la loi.

(1) En fait, en pratique, on peut toujours, par ce moyen, obtenir une solution.

CHAPITRE III

Non publicité des délibérations

D'après l'article 8 du code de procédure civile, les audiences de la justice de paix sont publiques, et le législateur a fait de la publicité un principe de droit, non seulement pour les tribunaux, mais pour les deux chambres et tous les corps politiques : « la publicité est l'âme des gouvernements libres ». Mais cette publicité suppose que les assemblées délibèrent sur des intérêts généraux, tandis que, dans les séances du conseil de famille, on se trouve en présence de parents réglant exclusivement des intérêts privés. De plus, dans cette circonstance, le juge de paix n'est point « juge » mais seulement le chef de la famille. Pour ces motifs, les réunions de l'assemblée de parents ne sont pas publiques.

En dehors des membres du conseil, il n'y a que le greffier qui assiste à la délibération. Son rôle était indispensable, car les paroles s'oublient et les écrits restent, dit-on, et il fallait quelqu'un pour transcrire la décision de l'assemblée, en conserver la minute, et en délivrer des expéditions à qui de droit.

Mais si la délibération n'intéresse pas les tiers, il n'en est pas de même des décisions qui sont prises ; ceux qui traitent avec le tuteur ont intérêt à les connaître. Cepen-

dant ils ne peuvent exiger du greffier qu'il leur en délivre une expédition. Le dépôt des minutes des actes émanés des conseils de famille, au greffe de la justice de paix, a lieu dans l'intérêt des familles seulement, et non pour livrer au public le secret des délibérations ; par suite, le greffier n'est pas obligé de donner à tout requérant une expédition de ces délibérations, il faut ajouter qu'il n'y est point autorisé.

Ces expéditions ne peuvent être délivrées qu'au tuteur, au subrogé-tuteur et aux autres membres de l'assemblée.

Du reste, pour les tiers qui veulent traiter avec le tuteur, ils peuvent suffisamment s'informer avant de conclure une affaire : ils n'ont qu'à exiger du tuteur la justification de sa qualité, et l'autorisation du conseil de famille lorsqu'elle est nécessaire.

CHAPITRE IV

Avis des membres relatés au procès-verbal

Toutes les fois que la délibération n'est pas prise à l'unanimité, l'avis de chacun des membres doit être mentionné au procès-verbal de la délibération (art. 883, code de procédure civile, al. 1).

Cette formalité est indispensable : si un membre de l'assemblée juge à propos d'attaquer la décision, il est nécessaire qu'il sache contre qui former sa demande (1) ; de plus, dans le cas où l'homologation de tribunal est exigée par la loi, il faut bien que les juges puissent trouver dans le procès-verbal des éléments d'appréciation.

L'article 883, al. I, s'applique-t-il à toutes les délibérations en général ?

On a soutenu que cette formalité n'était exigée que pour les résolutions sujettes à l'homologation (2), et qu'on pouvait s'en dispenser dans les autres cas. Duranton, bien que moins affirmatif, dit que l'article 883 « s'entend *principalement* dans le cas où la délibération a besoin d'être revêtue de l'homologation du tribunal » t. III, n° 477.

Nous croyons devoir repousser cette opinion comme

(1) Art. 883 du cod. proc. civ., al. 2.

(2) Arrêt de la Cour de Metz du 16 février 1812, SIREY, 12, 2, 389. MM. de FRÉMINVILLE, t. I, p. 409. HUC, t. III, n° 313.

contraire à la généralité de l'article 883 et aux motifs qui l'ont inspiré et qui se révèlent très clairement dans le deuxième alinéa de cet article : « Le tuteur, le subrogé- » tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée, » pourront se pourvoir contre la délibération ; ils forme- » ront leur demande contre *les membres qui auront été* » *d'avis de la délibération*, sans etc... ». Nous verrons plus loin (1) que toutes les décisions du conseil de famille peuvent être attaquées en justice ; or, la demande en annulation doit être dirigée contre ceux des membres qui ont adopté la résolution ; donc il faut bien que le procès-verbal énonce quels sont ceux qui ont voté pour cette décision, quels sont ceux qui ont voté contre, et quels sont les avis des uns et des autres.

Cette obligation n'est soumise à aucune forme sacramentelle, peu importe les termes employés s'ils sont clairs. Ainsi, s'il ne se trouvait qu'un seul membre dissident, l'avis serait suffisamment mentionné par les mots : « Je proteste » ajoutés à la signature (2).

Cette obligation de l'article 883 emporte-t-elle celle de motiver l'avis ?

La Cour de Bourges l'avait supposé (3) ; mais la Cour suprême a décidé le contraire. On lit en effet dans les motifs de l'un de ses arrêts : « l'article 883 ne statue autre » chose si ce n'est que dans les cas où la délibération des » parents ne serait pas unanime, leurs avis doivent être

(1) Voir page 95 et suiv.

(2) D. P. 60, 1, 495.

(3) Bourges, 8 juin 1813, D. A. 42, 723.

» mentionnés dans le procès-verbal, ce qui n'emporte pas
» la nécessité d'y insérer également les motifs (1). »

Nous pensons avec la Cour de Cassation que les avis ne doivent pas être motivés. En effet, d'un côté on ne peut invoquer ici le principe général qui veut que tout jugement soit motivé, les avis n'étant pas des jugements ; d'un autre côté, nulle part la loi n'exige une telle formalité. Il suffit donc que le procès-verbal révèle dans quel sens les membres ont voté, sans qu'il y ait obligation de noter les motifs sur lesquels les avis ont été basés.

Exceptionnellement l'article 447 du code civil exige que la délibération qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur soit motivée ; et alors elle l'exige même lorsque la délibération a été prise à l'unanimité, puisqu'elle ne distingue pas.

Dans ce cas la décision constitue une sorte de jugement : le tuteur doit être entendu ou du moins appelé afin qu'il puisse se défendre devant le conseil, il faut donc qu'il connaisse les faits sur lesquels les membres de l'assemblée se sont appuyés, pour les discuter (2).

L'article 447 exige encore que la résolution soit motivée afin que, si le tuteur use de son droit de son pouvoir devant le tribunal, ou, si l'homologation de la délibération

(1) Caen, 17 novembre 1813, rapporté *Dol. Jus. Gén.* V^o *Minorité*, n^o 238.

(2) La loi romaine dit : « *Decreto igitur debebit causa revocandi significari, ut appareat de existimatione. Quid ergo si non significaverit causam remotionis decreto suo ? Papininus ait : debuisse dici, hunc integrae esse famae : et est verum* » citée au *Dalloz Jur. Gen.* V^o *Minorité*, n^o 238.

est poursuivie, on puisse apprécier les motifs de la décision de l'assemblée (1).

Il suffit d'ailleurs que cette délibération se fonde en termes généraux sur ce que, par exemple, le tuteur mène depuis longtemps une vie déréglée, et dissipe son patrimoine et celui de ses enfants ; mais point n'est besoin de donner des motifs détaillés et des preuves précises.

Ce texte étant exceptionnel, il ne doit pas être étendu à d'autres cas. Ainsi, il ne recevrait pas son application au cas où la mère ne serait pas maintenue à la tutelle, il ne s'agit pas là d'une destitution que la loi prononce et l'on rentre dans la règle générale.

Donc, en principe, l'article 883 alinéa I du code de procédure civile s'applique à toutes les délibérations qui ne sont pas unanimes, et les avis n'ont pas besoin d'être motivés. Exception est faite à ce principe aux décisions qui excluent ou destituent le tuteur : ces décisions doivent être motivées dans tous les cas.

Le procès-verbal n'a pas besoin de mentionner que le juge de paix a délibéré ; il suffit qu'il dise que le conseil a délibéré d'une façon générale. Il doit contenir naturellement la liste des membres du conseil, avec leur degré de parenté, ou d'alliance, ou leur qualité d'amis, et avec indication de la ligne à laquelle ils appartiennent.

(1) Il est juste de remarquer ici que dans ces instances, les membres du conseil ne sont pas parties et qu'il faut cependant connaître les motifs de leurs avis.

CHAPITRE V

De l'interprétation des délibérations

Un conseil de famille peut-il interpréter ou rétracter une décision qu'il a prise et qui donne lieu à contestations, quand elle n'aura pas encore reçu d'exécution par un acte passé avec un tiers ?

La jurisprudence reconnaît que rien ne défend au conseil de famille *d'interpréter* une délibération, lorsque sa rédaction est erronée, obscure ou ambiguë, et qu'en droit c'est au conseil de famille qu'il appartient de fixer le véritable sens des dispositions de ses délibérations, quand par suite des expressions employées, elles donnent naissance au trouble et à l'incertitude. (Cour de Paris, 4 décembre 1878. Req. 5 août 1879 (1).

Mais le droit de *rétracter* et de *modifier* une délibération appartient-il également au conseil de famille ?

On pourrait décider qu'une fois la délibération prise, ce droit est réservé aux tribunaux ; car les conseils de famille ne connaissent pas des difficultés qui s'élèvent sur l'exécution ou à l'occasion de leurs délibérations. Cependant il nous semble que si l'assemblée peut interpréter, elle peut également réparer une erreur et rétracter une décision.

(1) Arrêt rapporté dans DALLOZ, Jur. Gén. Sup., V^o *Minorité*, n^o 166, en note.

Voici sur quel principe nous basons notre opinion :

Quand le conseil organise la tutelle ou autorise les actes d'administration du tuteur, il exerce une sorte de juridiction gracieuse. Une fois ce principe admis, on doit raisonner sur les délibérations du conseil de famille comme sur des actes de juridiction gracieuse. Or, il est certain que les actes de juridiction gracieuse n'ont pas l'autorité de la chose jugée et que, si le tribunal est provoqué par l'un des intéressés, il peut non seulement interpréter une phrase douteuse, mais réparer une erreur, rectifier une illégalité, nous ne voyons pas pourquoi ces règles ne seraient pas suivies pour les délibérations du conseil de famille.

Ainsi, en ce qui concerne les autorisations qu'il donne, il devra simplement se préoccuper de l'intérêt du mineur, et, s'il se trouve mieux éclairé, il pourra retirer au tuteur une autorisation qu'il lui avait donnée, tant que l'acte en vue duquel elle avait été accordée n'a pas été accompli.

De même il appartient au conseil de famille de fixer le véritable sens des délibérations relatives à l'organisation de la tutelle ; si par exemple, en cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur, il avait nommé un nouveau représentant de l'incapable, en le désignant sous le nom de *tuteur ad hoc*, il pourrait, par une seconde délibération interprétative de la première, déclarer qu'il avait voulu nommer un *subrogé-tuteur ad hoc*.

Mais le conseil de famille ne pourrait pas substituer un autre tuteur ou un subrogé-tuteur à celui qu'il a nommé, par exemple s'il juge que telle autre personne remplira mieux les fonctions que le tuteur ou subrogé-tuteur nommés. Ici l'intérêt du mineur n'est plus seul en jeu. Le remplace-

ment du tuteur ou subrogé-tuteur équivaldrait à une destitution ; or ces derniers ne peuvent être destitués que pour indignité, ou pour incapacité, suivant les termes de l'article 444 du code civil.

« Le conseil de famille averti reconnaît son erreur, la » répare, prévient la nullité. Cette manière d'agir simple » est conforme, selon nous, à des principes certains et à » des analogies puissantes ». (Labbé. Dissertation sur l'arrêt du 5 août 1879 précité).

DEUXIÈME PARTIE

Exécution des délibérations.

De l'homologation.

CHAPITRE PREMIER

Exécution des délibérations du conseil de famille.

Une fois la décision prise par le conseil de famille, il reste à l'exécuter.

Cette mission n'appartient pas à l'assemblée de parents ; ses membres ne sont même pas responsables des conséquences de leurs avis, s'ils n'ont point agi frauduleusement ou avec une indifférence telle que la fraude devrait être assimilée au dol.

L'exécution directe de la délibération incombe au tuteur, véritable agent exécutif du conseil de famille. Il doit se conformer en tous points à la résolution de l'assemblée dont la seule fonction sera désormais de le contrôler et de le surveiller dans cette exécution.

Si le tuteur refusait ou négligeait d'agir, les membres de l'assemblée n'auraient pas le droit de l'y contraindre. Les con-

seils de famille, en effet, ne sont point juges de leurs délibérations, et encore moins de celles qui ont été prises par d'autres conseils qui les ont précédés. S'il s'élève des difficultés sur leur exécution ou à leur occasion, c'est aux tribunaux de première instance qu'il appartient de les trancher.

Le tuteur n'est cependant pas obligé d'exécuter toutes les délibérations du conseil de famille. Nous avons vu qu'il fallait distinguer les délibérations proprement dites des avis de parents, bien que le législateur les confonde (1).

Les avis n'ayant qu'une valeur consultative ne lient pas le tuteur qui peut agir à sa guise.

Mais il en est autrement des délibérations *stricto sensu*. Sans doute, elles n'ont pas le caractère de jugements, elles possèdent cependant une vertu qui leur est propre, elles portent effet par elles-mêmes, c'est-à-dire qu'une force légale s'y attache quand le législateur en a validé et consacré d'avance l'expression. Ainsi le conseil nomme un tuteur, sa délibération reçoit aussitôt son exécution pleine et entière, et la personne nommée entre de suite en fonctions si elle est présente à l'assemblée.

En règle générale les décisions du conseil sont exécutoires par elles-mêmes : c'est là le droit commun pour tous corps délibérants. Dans certains cas exceptionnels la loi exige l'homologation du tribunal. L'homologation est une exception, il en résulte qu'il faut une disposition

(1) Deuxième partie, livre I, titre 10.

formelle pour que les décisions du conseil soient homologuées (1).

Nous sommes ainsi naturellement amenés à parler de l'homologation.

(1) C'est l'opinion générale : voir MM. DURANTON, DEMOLOMBE, t. VII, n° 325; SIREY. 61, 2, 348. Cependant, suivant M. MAGNIN (1.359), toutes les délibérations concernant des actes excédant les bornes d'une simple administration sont sujettes à l'homologation. Mais cette opinion d'après laquelle il faudrait, entre autres, soumettre à la nécessité d'une homologation les délibérations autorisant le tuteur à accepter une succession ou une donation, ainsi que celles qui prononceraient l'émancipation du mineur ou qui l'habiliteraient à contracter mariage est évidemment inadmissible.

CHAPITRE II

De l'homologation

SECTION I

SA NATURE

L'homologation d'une délibération est l'approbation que donne l'autorité judiciaire à la mesure projetée par le conseil de famille et après examen du fond.

Cette formalité n'a pas pour but de rendre valable une décision si celle-ci était nulle en elle-même. Le rôle du tribunal est simplement d'apprécier l'utilité de l'opération projetée, de donner à l'avis son caractère exécutoire. Ce n'est qu'un acte de surveillance judiciaire prescrit par la loi pour protéger l'intérêt de l'incapable et assurer la bonne administration de ses biens.

On ne peut même pas dire avec la Cour de Gand que l'homologation fait présumer l'accomplissement des formalités prescrites par la loi ; il n'y a pas de présomptions sans textes, nous restons donc ici sous l'empire du droit commun (1).

Le tribunal accorde ou refuse son approbation, mais il ne peut pas, se mettant pour ainsi dire au lieu et place du

(1) Gand, 27 mars 1857, *Pasicrisie*, 1857, 2, 200, et les observations de l'Avocat Général DAMY, dans le sens de la présomption.

conseil de famille, modifier la décision qui lui est soumise; ce serait se substituer à l'assemblée dans la gestion de la tutelle et s'il le faisait, il y aurait lieu à cassation pour abus de pouvoir. « En effet, dit M. Demolombe, le » législateur, en exigeant, pour certains actes importants » de la tutelle, la double formalité du conseil de famille » et de l'homologation du tribunal, a voulu réellement » obtenir cette double garantie dans l'intérêt du mineur. » Or, son but ne serait pas atteint, si, tandis que le conseil » de famille avait, de son côté, autorisé une mesure, le » tribunal, de son côté, autorisait une mesure différente, » qui n'a pas été délibérée ni adoptée par le conseil de » famille » (Demolombe, t. VII, n° 749 bis). Ainsi le jugement qui, sur la demande en homologation d'un avis de parents, autorise l'aliénation de divers immeubles d'un interdit, pour le paiement de ses dettes, ordonne la vente d'immeubles autres que ceux désignés dans cet avis, réduit le chiffre de ses dettes qui y est indiqué, et prescrit d'office un emprunt, afin de diminuer l'étendue de l'aliénation à faire, est entaché d'excès de pouvoir et frappé de nullité (1).

Il ne faut pas confondre l'autorité de l'homologation avec l'autorité de la décision du juge. La première est une formalité substantielle et intrinsèque de l'acte, sans laquelle cet acte serait nul, bien que cependant elle n'ajoute rien

(1) Cassation, 9 février 1863 : D. P. 63, 1, 85. Cassation, 17 décembre 1867 : D. P. 67, 1, 482. Voir en sens contraire M. LAURENT qui prétend que le tribunal peut réformer la délibération concernant les immeubles à vendre, car, dit-il en essence, le tribunal a pour mission de sauvegarder les intérêts du mineur et il ne faut pas se borner à reconnaître que l'homologation consiste à dire « oui » ou « non ». (LAURENT, t. V, n° 75.)

à la validité de la délibération qui peut être attaquée, même étant homologuée. L'autre, c'est-à-dire la décision du magistrat, est le pouvoir de maintenir ou d'anéantir une délibération du conseil de famille, sujette ou non à l'homologation, lorsqu'elle est l'objet d'un recours pour nullité. En conséquence, et au contraire des jugements maintenant ou annulant les décisions attaquées, les jugements d'homologation constituent de simples actes de juridiction gracieuse, de surveillance judiciaire, qui ne donnent pas aux délibérations sur lesquelles ils portent le caractère de la chose jugée.

En résumé : l'homologation d'une délibération est un acte de juridiction gracieuse, qui a pour but d'apprécier l'utilité de l'opération projetée et pour effet de rendre la décision exécutoire ; elle est exigée dans certains cas exceptionnels, possède une procédure spéciale et est susceptible de certains recours.

SECTION II

DES DÉLIBÉRATIONS QUI DOIVENT ÊTRE HOMOLOGUÉES PAR LE TRIBUNAL (1)

Comme nous sommes en matière exceptionnelle, les décisions de l'assemblée ne doivent être homologuées que

(1) Nous n'avons pas à rechercher quels sont, dans les différents cas que nous passons en revue, le rôle et les attributions du conseil de famille, ce serait un hors-d'œuvre. Nous ne devons traiter la question qu'au seul point de vue de l'homologation. Si parfois nous parlons conjointement de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation, c'est que ces deux formalités sont si étroitement liées par la loi qu'il est difficile d'en séparer complètement l'étude.

dans les cas spécifiés par la loi. Il importe donc, pour déterminer ces cas, de rechercher d'abord les textes qui les comprennent.

Ces textes, nous les trouvons dans les articles 448, 457-458, du code civil, et dans la loi du 27 février 1880, art. 2.

Article 448, al. 2 «... s'il y a réclamation (par le tuteur à » la délibération prononçant son exclusion ou sa destitu- » tion), le subrogé-tuteur poursuivra l'homologation de la » délibération devant le tribunal de première instance, » qui prononcera sauf l'appel. Le tuteur etc... »

Article 457 « le tuteur, même le père ou la mère, ne peut » emprunter pour le mineur, ni aliéner ni hypothéquer ses » biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de » famille. — Cette autorisation etc... »

Article 458 : « Les délibérations relatives à cet objet, ne » seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé » et obtenu l'homologation devant le tribunal de première » instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et » après avoir entendu le procureur du Roi. »

Loi du 27 février 1880, art. 2 : « Lorsque la valeur des » meubles incorporels à aliéner dépassera, d'après l'appré- » ciation du conseil de famille, quinze cents francs en » capital, la délibération sera soumise à l'homologation du » tribunal, qui statuera en la chambre du conseil, le » ministère public entendu, le tout sans dérogation à » l'article 883 du code de procédure civile. Dans tous les » cas, le jugement rendu sera en dernier ressort. »

En résumé, doivent être homologuées par le tribunal : les délibérations du conseil de famille autorisant le tuteur à

aliéner ou hypothéquer les immeubles du mineur, à emprunter pour lui (art. 457-458) ; celles l'autorisant à aliéner des meubles incorporels dont la valeur dépasse quinze cents francs en capital (loi de 1880) et enfin les délibérations prononçant la destitution ou l'exclusion d'un tuteur, lorsque celui-ci n'y adhère pas (art. 448).

Pour compléter cette liste, nous devons ajouter le cas prévu par l'article 467 du code civil où le tuteur opère une transaction dans l'intérêt du pupille. Cet article est ainsi conçu : « Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, » qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et » de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur » du Roi près le tribunal de première instance. La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir » entendu le procureur du Roi. »

Ce qui nous a fait mettre à part la transaction, c'est qu'ici ce n'est plus l'autorisation de l'assemblée qui doit être homologuée, mais bien l'acte lui-même.

Nous allons étudier ces différents cas.

1^o Aliénation des immeubles

Les articles 457 et 458 du code civil sont conçus en termes si généraux qu'un principe domine toute la matière ; le tuteur ne peut aliéner les immeubles de l'incapable sans y être autorisé par une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal.

Pour les *ventes volontaires*, pas de difficulté, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider qu'on appliquera ce principe non seulement aux aliénations

proprement dites, mais même à tous les actes juridiques pouvant s'y ramener, quelque soit la nature des immeubles qu'il s'agit de vendre.

Ainsi, ces formalités sont exigées pour la vente des *mines* et *carrières* qui « constituent les entrailles du sol » appartenant au mineur ou à l'interdit.

De même pour la *cession des droits immobiliers* : le tuteur ne peut, sans recourir à l'autorisation de l'assemblée et à l'homologation du tribunal, consentir un *usufruit*, un *bail emphytéotique* sur les biens du mineur ; constituer sur ces biens une *servitude passive* ni renoncer à une *servitude active* ; il ne peut davantage, sans obéir à l'article 458 du code civil, céder les droits *successifs du mineur*, lorsque ces droits portent, dans une portion quelconque, sur des immeubles.

En vertu du même principe, la *prorogation du délai* fixé pour l'*exercice d'une faculté de réméré* constituant une véritable aliénation d'un droit immobilier, cette prorogation ne peut être consentie au vendeur qu'à charge pour le tuteur d'observer la double formalité prescrite par la loi.

Un tuteur ne peut davantage, sans se conformer aux articles 457 et 458 du code civil, *exponcer* un immeuble de l'incapable grevé d'une rente foncière ; sans cela l'exponction serait nulle et le propriétaire de la rente tenu de restituer au mineur la maison et les jouissances qu'il a perçues (1).

(1) L'exponction est la faculté qu'a le débiteur d'une rente foncière d'abandonner au crédi-rentier l'immeuble grevé, afin de s'affranchir du service de cette rente.

Que décider pour les *coupes de bois* ?

S'il s'agit de bois mis en coupes réglées, il est clair que le tuteur pourra en disposer sans aucune autorisation ; en effet ce sont des fruits, donc des meubles corporels, et c'est bien plutôt pour les conserver qu'il lui faudrait une autorisation, celle du conseil de famille. S'il s'agit au contraire de bois de haute futaie, non mis en coupes réglées, ils ne doivent plus être regardés comme des fruits, mais comme une partie intégrante de l'immeuble lui-même. Aussi le tuteur ne pourra les abattre et les vendre qu'avec l'autorisation de l'assemblée dûment homologuée par le tribunal.

Vente des navires.

Nous croyons que, pour aliéner les navires dont le mineur est propriétaire, le tuteur devra recourir à la double formalité des articles 457 et 458 du code civil. Bien qu'en réalité ce soient des meubles, le législateur les a souvent assimilés à des immeubles, notamment dans la loi du 10 décembre 1874 qui permet de les hypothéquer. Or, comme pour hypothéquer les navires, d'après le principe général de l'article 2126 du code civil, le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, à plus forte raison il devra remplir ces formalités pour les aliéner.

Le tuteur peut-il stipuler, par son simple pouvoir, que *les loyers ou fermages du mineur seront payés par anticipation* ?

Non, il lui faut une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. Une pareille stipulation ne

constitue plus une simple condition de bail, elle est bien plutôt une véritable aliénation de jouissance, et le mineur court le danger de voir, une fois les paiements anticipatifs faits, son tuteur devenir insolvable.

Quid pour l'échange

Une doctrine enseigne qu'on ne peut, en aucun cas, échanger les immeubles du mineur, même avec l'autorisation de l'assemblée et l'homologation du tribunal. Car, dit ce système, il est impossible en pareille matière, d'observer les formalités prescrites par l'article 459 du code civil (1).

Ce motif ne nous semble pas sérieux, et l'on peut objecter qu'à force de vouloir protéger le mineur, ce serait souvent lui nuire que d'empêcher toute échange. Il peut y avoir des circonstances, déterminées par exemple par la situation des biens à échanger, dans lesquelles cette opération constitue un réel avantage pour l'incapable.

D'autre part, la loi se montre, en général, moins exigeante pour l'échange que pour la vente (comparez les art. 1554 et 1559 du c. civ.); or, le code admet l'échange en ce qui touche les immeubles dotaux qui sont cependant déclarés inaliénables (1559), pourquoi ne pas l'admettre pour ceux du mineur qui cependant sont aliénables. Mais le tuteur aura besoin, pour ce faire, d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal.

Enfin, les *mineurs émancipés*, autorisés à faire le commerce, ne peuvent consentir d'*aliénations immobilières* que

(1) ZACHARIAE, cité par MM. AUBRY et RAU, t. I., § 413, p. 707, note 18. Cass. 26 août 1807, SIREY, 1807, 4, 437.

suivant les mêmes formalités (art. 6 du code de commerce).

En sera-t-il de même lorsque l'aliénation des immeubles de l'incapable est, *non plus volontaire, mais forcée* ?

L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal nous semblent en ce cas bien inutiles, puisqu'il n'y a pas moyen d'échapper à la vente. D'ailleurs, le législateur a tranché la question au moins dans un cas, dans l'article 460 du code civil dont le premier alinéa est ainsi conçu : « Les formalités exigées par les articles 457 » et 458, pour l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la » licitation sur la provocation d'un copropriétaire par » indivis » (1).

Examinons quelle est la portée exacte de cet article et à quelles ventes nous pouvons l'appliquer.

1^{er} cas. — Licitation d'un immeuble.

Aucun doute n'est permis pour le cas où c'est un *copropriétaire du mineur qui demande la licitation*; le texte est formel et l'intervention du conseil de famille et du tribunal ne seront pas obligatoires; en pareille circonstance, le tuteur représente valablement son pupille, sans avoir besoin d'aucune autorisation.

Mais quid lorsque c'est le tuteur qui poursuit la licitation ?

Les auteurs sont partagés sur la question.

Les uns enseignent que l'autorisation de l'assemblée est seule nécessaire, mais non l'homologation du tribunal.

(1) L'article 953, al. 2 du code de proc. civ., reproduit la même proposition.

Les partisans de cette doctrine s'appuient sur trois arguments principaux pour justifier leur théorie :

1^o L'article 465 du code civil déclare que l'autorisation du conseil de famille est seule nécessaire au tuteur pour provoquer le partage. Or la licitation équivaut à un partage, puisque c'est une opération qui fait cesser l'indivision quand le partage lui-même est impossible. Donc il n'y a aucune raison pour ne pas se contenter ici des garanties de l'article 465. D'ailleurs, les actions immobilières concernant le mineur ne sont soumises par l'article 464 qu'à la formalité de l'autorisation du conseil de famille ; or la demande en licitation n'est pas une aliénation proprement dite, c'est plutôt une action immobilière, l'homologation n'est donc pas nécessaire. On pourrait objecter que la licitation entraîne l'aliénation ; mais, n'en est-il pas de même du partage, de la part de chacun des cohéritiers, sur les objets attribués aux autres copartageants ?

2^o En vain, pour justifier la nécessité d'une homologation, raisonnerait-on par un argument *a contrario* tiré de ce que l'article 460 du code civil ne dispense le tuteur des formalités prescrites pour la vente des immeubles « qu'autant » qu'il aurait à *répondre à une demande* en licitation provoquée par un copropriétaire indivis ». En raisonnant ainsi, l'on oublie que les arguments *a contrario sensu* ne sont pas admissibles, lorsqu'ils conduisent à une solution dérogatoire au droit commun, et qu'ici le droit commun n'exige que l'autorisation de l'assemblée (1).

(1) MERLIN, *répertoire et question de droit* ; V^o argument *a contrario sensu*. — MM. AUBRY et RAU, t. I, § 41.

3^o Enfin on ne voit plus quelle serait l'utilité de l'homologation. Sans doute, il est nécessaire que les délibérations du conseil de famille, autorisant le tuteur à accomplir certains actes importants, soient contrôlés par le tribunal, mais justement dans notre cas, le contrôle existe, puisque la licitation n'a lieu qu'en vertu d'un jugement, à l'occasion duquel le tribunal peut alors examiner s'il y a lieu ou non d'accueillir la demande formée par le tuteur. L'homologation ferait double emploi avec ce jugement (1).

Nous croyons cependant devoir nous rallier à l'opinion contraire et dire que l'homologation du tribunal est nécessaire lorsque le tuteur provoque la licitation.

En faveur de notre théorie, nous pouvons invoquer la généralité des articles 457 et 458 du code civil qui déterminent, sans aucune restriction et en règle générale, les conditions auxquelles sera soumise l'aliénation des immeubles d'un incapable. Or, suivant les principes admis par tout le monde en matière d'interprétation, toute dérogation à la loi générale demande un texte formel, et de texte formel nous n'en avons qu'un, l'article 460 qui, loin de s'appliquer au cas du tuteur *demandeur* à la licitation, vise au contraire le cas où la licitation est *provoquée* par un copropriétaire indivis du mineur.

D'ailleurs les arguments de nos adversaires ne sont point irréfutables.

1^o C'est à tort qu'ils assimilent la licitation au partage proprement dit. Le partage rend le mineur proprié-

(1) Voir en ce sens, Bordeaux, 23 avril 1870 ; D. P. 71, 2, 143.

LAURENT, t. V, n^o 75. DEMOLOMBE, t. VII, n^o 733, p. 510. DURANTON, etc.

taire des biens qui tombent définitivement dans son lot, proportionnellement à ses droits; tandis que la licitation, sauf dans le cas où l'adjudication se fait à son profit, le dépouille de tous ses droits sur les biens individis, droits qui sont remplacés par un capital mobilier; l'assiette de sa fortune est ainsi changée. D'autre part, le partage peut presque toujours se faire sans inconvénients; la licitation au contraire, si elle est faite en temps inopportun, peut compromettre les intérêts de l'incapable.

2° L'argument *a contrario* tiré de l'article 460, contrairement à l'opinion adverse, conserve toute sa valeur et conduit à une solution conforme au droit commun, puisque en matière de tutelle, la règle générale est que les aliénations immobilières sont soumises à la nécessité de l'homologation : les partisans de la première théorie ont le grand tort de confondre l'exception avec le principe.

3° Enfin, c'est à tort qu'ils ont considéré l'homologation judiciaire comme inutile, s'appuyant sur le motif que le tribunal doit nécessairement intervenir pour ordonner la vente : la mission du juge n'est pas la même dans les deux cas. En présence d'une demande en licitation, le juge n'a rien à vérifier, si ce n'est l'impossibilité de procéder au partage en nature, mais il n'a pas à rechercher si le moment de liciter les immeubles est inopportun ou favorable à l'aliénation. Dans la procédure d'homologation au contraire, la seule fonction du juge est d'examiner la question d'opportunité, afin de permettre ou de refuser au tuteur le droit d'introduire sa demande. Le jugement d'homologation ne fait donc pas double emploi avec celui ordonnant la vente.

En conséquence, contrairement au cas visé par l'article 460, lorsque c'est le tuteur qui *provoque* la licitation, la délibération du conseil de famille l'autorisant à former sa demande, doit être homologuée par le tribunal, et, l'absence de cette formalité doit faire réputer comme non avenue la demande du tuteur (1).

2^e cas. — Expropriation par les créanciers du mineur.

Il n'y a lieu ni à l'autorisation du conseil de famille ni à l'homologation du tribunal. De telles formalités seraient en effet bien inutiles puisque la vente est nécessaire et que l'assemblée de parents, pas plus que le tribunal, ne pourraient, sans violer les règles les plus formelles de notre droit, sans porter atteinte à l'intérêt général, empêcher un créancier non payé à l'échéance, d'exécuter les biens de son débiteur.

(1) Bien que la question soit de nature à se présenter fréquemment dans la pratique, elle ne paraît avoir été, jusqu'à présent, soumise que trois fois à l'appréciation des tribunaux. Un arrêt de la cour d'Angers, du 19 juin 1851 (D. P. 51, 2, 163) s'est prononcé dans le sens de la nécessité de l'homologation. La cour de Bordeaux, arrêt du 23 août 1870 (D. P. 71, 2, 143) a décidé, au contraire, que cette formalité n'était pas plus indispensable en cas de licitation qu'en cas de partage. Enfin, la cour de cassation, 20 janvier 1880 (D. P. 80, 1, 161) reprenant la théorie de la Cour d'Angers, exige l'homologation. Ce dernier arrêt est conforme à la théorie généralement admise par les auteurs : MM. MALLEVILLE, t. I, sur l'article 460 ; AUBRY et RAU, 4^e édition, t. I, p. 450-451, paragr. 413, note 20.

Remarquons que dans la pratique habituelle, la demande tend, d'une façon générale, à obtenir le partage, et subsidiairement, à faire prononcer la licitation, pour le cas où la masse comprendrait des biens impartageables en nature. Les articles 457 et 458 ne sont pas applicables à cette demande en licitation, qui ne forme qu'un accessoire, un incident de la demande principale en partage. L'action est régie par l'article 465 et le tuteur n'est tenu de produire que l'autorisation du conseil de famille.

La loi cherche d'ailleurs, en ce cas, à prévenir l'expropriation en disposant que les créanciers ne pourront la poursuivre qu'après avoir discuté le mobilier (art. 2206 c. c.). Mais le mineur profitera rarement de cette faveur, puisqu'en vertu de l'article 452 du code civil, le tuteur est tenu dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, de vendre les meubles de l'incapable qui n'en possèdera donc plus en fait. Et même, dans deux cas, la discussion du mobilier n'est pas nécessaire : quand la dette est commune au mineur ou à l'interdit et à un majeur copropriétaire de l'immeuble, et quand les poursuites ont été commencées contre un majeur auquel le mineur a succédé, ou avant l'interdiction (art. 2207 c. c.).

3^e cas. — Expropriation pour cause d'utilité publique.

Comme pour le cas précédent, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ne sont pas nécessaires, puisque la vente est forcée : celui qui est exproprié doit vendre.

Mais le tuteur peut-il accepter l'offre d'indemnité offerte par l'administration, de son propre gré ? La loi du 3 mai 1841, art. 25, répond à cette question et décide que, pour accepter cette offre, il lui faut une autorisation du tribunal donnée sur simple requête.

Pour rejeter l'offre, au contraire, il n'a plus besoin d'aucune autorisation, de même que pour procéder sur la demande en règlement d'indemnité (1).

(1) M. LAURENT n'est pas de cet avis et prétend que dans tous ces cas il faut au tuteur une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. Voir LAURENT, t. V, n° 75.

En résumé, l'on peut formuler ainsi le principe directeur dans les cas d'aliénations immobilières : lorsque la vente est volontaire, il faut toujours l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ; lorsqu'elle est forcée et provoquée par autrui, il n'y a plus besoin d'aucune formalité spéciale.

Nous avons dit plus haut que le tribunal, auquel une délibération du conseil de famille est soumise, afin d'homologation, ne peut que donner ou refuser son approbation et que le jugement d'homologation se résume simplement par un « oui » ou un « non ».

Cependant, en matière d'aliénation des immeubles du mineur, le pouvoir des juges est un peu plus étendu. Assurément, quoiqu'en dise M. LAURENT, le tribunal ne peut ordonner la vente d'autres immeubles que ceux indiqués par le conseil de famille ; cependant, dans le cas qui nous occupe, son intervention ne se borne pas à une simple formalité et il peut ordonner certaines conditions qu'il juge utile d'apposer à la vente. Sans doute c'est au conseil de famille de proposer ces conditions, mais c'est aux magistrats de les déterminer définitivement.

C'est ainsi que, lorsqu'ils homologueront l'avis des parents, ils décideront par le même jugement si la vente aura lieu devant l'un des juges du tribunal à l'audience des criées, ou devant un notaire commis à cet effet (art. 954 c. proc. civ.). L'article 955 ajoute : « le jugement qui ordonne la vente déterminera la mise à prix de chacun des immeubles à vendre et les conditions de la vente. » Cette mise à prix sera réglée, soit d'après l'avis des parents, soit d'après les titres de propriété, soit d'après

» les baux authentiques ou sous seing privé ayant date
» certaine, et, à défaut de baux, d'après le rôle de la con-
» tribution foncière.

» Néanmoins le tribunal pourra, suivant les circons-
» tances, faire procéder à l'estimation totale ou partielle
» des immeubles.

» Cette estimation aura lieu, selon l'importance et la
» nature des biens, par un ou trois experts que le tribunal
» commettra à cet effet. »

Disons, pour terminer, qu'une aliénation d'immeubles appartenant au mineur, passée par le tuteur, sans que la délibération du conseil de famille l'y autorisant soit homologuée par le tribunal, serait entachée de nullité. Cette nullité est relative, c'est-à-dire ne peut être proposée que par le mineur ou dans son intérêt ; elle est d'ordre public, en ce sens qu'elle doit être prononcée sans qu'il y ait lieu d'examiner préalablement si le mineur a été ou non lésé dans son intérêt. D'ailleurs cette vente peut devenir valable en vertu de la ratification du mineur devenu majeur.

Nous réservons l'examen détaillé de cette question de la nullité, pour notre dernière partie intitulée : « des voies
» de recours contre les délibérations du conseil de
» famille (1). »

2^e Emprunt

De nos jours, tous les auteurs reconnaissent que l'homologation du tribunal est nécessaire pour les délibérations

(1) Voir page 95 et suiv.

autorisant le tuteur à emprunter, pour le compte de l'incapable. C'est d'ailleurs un acte extrêmement grave qui peut conduire à l'aliénation des biens du mineur, si la somme empruntée n'est pas remboursée à l'échéance.

Des doutes étaient nés (1) des termes employés par l'article 458 du code civil : « les délibérations du conseil de » famille *relatives à cet objet*, ne seront exécutées qu'après » que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation » devant le tribunal de première instance etc... » Or, en rapprochant ce texte du précédent, ainsi conçu dans son dernier alinéa : « le conseil de famille indiquera dans » tous les cas, *les immeubles qui devront être vendus de pré-* » férence, et toutes les conditions qu'il jugera utile », il semble bien qu'il s'agisse seulement de la vente d'immeubles et non de l'emprunt. Les délibérations du conseil de famille *relatives à cet objet*, c'est-à-dire à *l'aliénation* dont il vient d'être immédiatement question dans l'article qui précède.

La critique de cette objection est aisée :

D'un côté, le législateur, en réunissant dans un seul et même texte l'emprunt, l'aliénation et l'hypothèque, a bien entendu les soumettre aux mêmes conditions ; l'article 458 n'est que le développement de cette idée et lorsqu'il dit que les délibérations du conseil de famille *relatives à cet objet* devront être homologuées, les mots *relatives à cet objet* se rapportent au triple objet dont il est question dans l'article précédent ; et c'est avec raison, car ces trois opérations menacent également les immeubles du mineur.

(1) LOCRÉ, *Législation civile*, t. VII. p. 299-300 ; MARCHAND, *Code de la Minorité et de la Tutelle*, n° 39.

D'autre part, le doute est encore levé par l'article 483, qui, statuant sur le cas où l'emprunt est fait pour le compte du mineur émancipé, exige formellement l'homologation du tribunal. Donc, à plus forte raison, cette homologation est nécessaire quand l'emprunt intéresse un mineur non émancipé.

L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont toujours nécessaires, la loi ne distinguant pas.

Cependant n'y a-t-il pas des cas où le tuteur peut emprunter pour le mineur, en vertu de son propre pouvoir et sans être obligé de recourir à cette double formalité? Autrement dit, y a-t-il des exceptions à la règle établie par les articles 457 et 458 du code civil?

Il n'y a pas d'exception à une loi générale sans un texte formel, or en cette matière, de texte formel, nous n'en trouvons pas.

Certains auteurs ne sont pas de cet avis (1). Avant même disent-ils, d'aliéner les valeurs mobilières ou d'emprunter sur hypothèque, s'il n'était question que de satisfaire un créancier impatient et que le tuteur trouvât un capitaliste disposé à en prêter les fonds, à la condition de le subroger aux droits du créancier, une telle opération qui n'expose pas la position du mineur, n'a pas besoin d'être homologuée : car ce n'est pas réellement un emprunt, ce n'est que la continuation de celui existant déjà. En définitif ce n'est qu'un acte d'administration pour la validité duquel le

(1) MM. TOULLIER (n° 1233). CHARDON, t. III, n° 410; MARCADÉ, t. II, p. 248.

tuteur n'a besoin d'aucune autorisation, et l'incapable devenu majeur, étant sans intérêt, n'aurait pas d'action contre un acte dont le seul effet serait de le rendre débiteur d'un individu à la place d'un autre.

L'objection est, assurément, ingénieusement présentée, mais cette doctrine est arbitraire et « l'argument s'adresse » au législateur, c'est à lui seul de voir s'il y a lieu » de faire des exceptions (1) ». D'ailleurs, même dans ce cas, l'emprunt peut être fait dans des conditions nouvelles, différentes de celles de la première dette, et le tuteur ne doit pas en être le seul juge. Il se pourrait, à la vérité, que le mineur n'eut aucun intérêt à critiquer l'emprunt fait en pareille circonstance, mais cet acte n'en serait pas moins entaché de nullité pour vice de forme substantielle (2). Enfin, la question pourrait devenir importante au cas où, le prêteur ayant été subrogé aux droits de l'ancien créancier, conformément au dernier alinéa de l'article 1250 du code civil, d'autres créanciers du mineur contesteraient, du chef de ce dernier, la validité de la subrogation (3).

Donc alors même que le tuteur viendrait emprunter pour rembourser une dette certaine et exigible du mineur, le conseil de famille devra délibérer sur l'opportunité de la mesure et la décision, pour être valable, devra être homologuée par le tribunal.

(1) M. LAURENT, t. V, p. 107.

(2) Voir théorie de la nullité pour vices de formes substantielles, p. 115 et suiv.

(3) MM. AUBRY et RAU, t. I, § 113, p. 708.

3^e Hypothèque

De même que pour l'emprunt, l'article 458 du code civil exige que la délibération autorisant le tuteur à constituer une hypothèque sur un immeuble de l'incapable, soit homologuée par le tribunal. On arrive à cette affirmation par les mêmes moyens que pour l'emprunt.

D'ailleurs le code civil a, non sans raison, assimilé l'hypothèque et l'aliénation dans ses articles 2124 et 2126 ; l'hypothèque contient en elle-même une aliénation, au moins en germe, puisque par elle on arrive à la mise aux enchères de l'immeuble, si la dette n'est pas payée à l'échéance. Le législateur devait donc prendre les mêmes précautions pour l'une que pour l'autre. D'après les principes et l'esprit des lois, la question ne souffre pas le moindre doute et nous sommes bien d'accord sur ce point avec l'opinion générale, sauf toutefois le dissentiment de Locré.

Aussi de même que pour l'emprunt, nous croyons devoir affirmer qu'une hypothèque irrégulièrement consentie, c'est-à-dire sans recourir à l'autorisation du conseil de famille et à l'homologation du tribunal, est nulle, alors même que cette opération a profité au mineur (1).

Ces règles s'appliqueraient également s'il s'agissait de constituer une hypothèque pour garantir un emprunt que le tuteur aurait été déjà autorisé à contracter ; de même s'il s'agissait de transporter l'hypothèque d'un immeuble sur un autre immeuble ; la loi est générale et nous n'avons pas de textes exceptionnels sur cette matière.

(1) Voir cependant en sens contraire MM. DURANTON, t. XIX, n° 348 et DEMOLOMBE, t. VI, n° 739.

Il faut remarquer qu'il ne peut être ici question que de l'hypothèque conventionnelle. Les hypothèques légales ou judiciaires émanent plus ou moins directement de la loi (art. 2121 et suiv.) et elles grèvent les immeubles des mineurs comme ceux des majeurs, sans formalités ni conditions spéciales.

L'article 457 parle de l'hypothèque, que décider de l'antichrèse ?

Pour bien discuter cette question, il nous faudrait d'abord déterminer le caractère et les effets de cette espèce de nantissement (1). Or c'est là une thèse fort difficile et dont le développement serait ici un hors-d'œuvre.

Quoiqu'il en soit, notre question est de savoir si l'antichrèse, telle que la loi l'a établie, excède les pouvoirs du tuteur. Nous croyons devoir répondre par l'affirmative. En effet le tuteur ne peut pas, même à titre de bail, engager pour plus de neuf ans la jouissance des immeubles du mineur. Or d'une part, la durée de l'antichrèse est indéterminée dans sa durée (argu., art. 2087), et d'autre part, la loi n'a pas limité cette durée pour le cas spécial où elle serait consentie par un tuteur. L'intention du législateur est donc que le tuteur ne peut consentir un tel contrat sans l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (2).

(1) Art. 2072 et 2085 et suiv. du cod. civ.

(2) Vainement on objecterait que l'autorisation du conseil de famille pourrait la permettre pour une durée d'au moins neuf années, ce serait là une limitation tout à fait arbitraire. Voir d'ailleurs sur ce point M. DEMOLOMBE, t. VII, n° 738.

4^o Aliénation des meubles incorporels dont la valeur dépasse quinze cents francs de capital.

Avant la loi du 27 février 1880, l'aliénation des biens meubles de l'incapable était soumise à l'article 452 du code civil ainsi conçu : « Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence » du subrogé-tuteur, aux enchères reçues par un officier » public, et après des affiches ou publications dont le » procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles » autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature. » Comme on peut le remarquer, la règle, en matière mobilière, est justement l'inverse de celle qui régit les immeubles du mineur : d'un côté l'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire pour *aliéner* les meubles, elle est au contraire indispensable pour les conserver en nature ; d'un autre côté, l'homologation du tribunal n'est jamais exigée. C'est que, lors de la confection du code civil, le vieil adage *res mobilis res vilis* » était encore regardé comme l'expression de la vérité.

Mais dès que les premières valeurs mobilières entrèrent, avec une certaine importance, dans la circulation, on fut frappé de la nécessité d'en sauvegarder la propriété entre les mains des mineurs et des interdits. Ces précautions se traduisirent par la loi du 24 mai 1806 qui modifia les formes de la vente et obligea le tuteur à obtenir l'autorisation du conseil de famille pour vendre les inscriptions de rente 5 % supérieures à cinquante francs. Le décret du 27 septembre 1813 a étendu ces dispositions aux actions de la banque de France.

Depuis cette époque, et grâce au développement extraordinaire du commerce et de l'industrie, les propriétés mobilières se sont accrues dans une proportion considérable et sous les formes les plus diverses, au point même que de nos jours, elles ont dépassé en importance les valeurs immobilières.

« Il est arrivé parfois que les tuteurs, dit M. DENORMANDIE, troublés eux-mêmes de la grande liberté qui leur » était laissée et de leur responsabilité, ont chercher à se » couvrir en s'adressant aux tribunaux ; mais les magistrats n'ont pu que déclarer leur incompétence. Or, » comment admettre qu'un morceau de terre d'une valeur » tout à fait minime ne puisse être vendu sans l'attache de » la justice, tandis que l'aliénation d'une fortune mobilière » considérable pourrait échapper au contrôle et à l'examen » des magistrats » (1).

Une réforme s'imposait donc, elle fut faite par la loi du 27 février 1880 dont l'article 2 est ainsi conçu : « lorsque » la valeur des meubles incorporels à aliéner dépassera, » d'après l'appréciation du conseil de famille, quinze cents » francs en capital, la délibération sera soumise à l'homologation du tribunal, qui statuera en la chambre du » conseil, le ministère public entendu, le tout sans dérogation à l'article 883 du code de procédure civile. — Dans » tous les cas, le jugement rendu sera en dernier ressort ».

(1) Rapport de M. DENORMANDIE, rapporté au Dalloz périodique de 1880, 4^e partie, page 47, note 2.

Ce texte n'a été adopté par les chambres qu'à la suite de longues discussions et après de vives résistances (1).

La rédaction de ce texte soulève des difficultés d'interprétation qu'il nous faut maintenant examiner.

Ces difficultés proviennent des nombreuses fluctuations auxquelles sont soumises ces valeurs mobilières : du jour au lendemain les cours de bourse peuvent varier et parfois la différence entre les deux dernières clôtures est assez considérable.

Ainsi, les meubles corporels dont le conseil de famille autorise l'aliénation peuvent être d'une valeur inférieure à quinze cents francs à la date de la délibération, et dépasser l'importance de ce chiffre au jour où le tuteur réalise la vente ; réciproquement, cette valeur peut être d'abord égale ou supérieure à quinze cents francs, puis devenir inférieure dans la suite. Dans le premier cas le tuteur devra-t-il se pourvoir de l'homologation du tribunal et dans le second sera-t-il affranchi de la nécessité de l'obtenir ?

Le Garde des Sceaux a tranché la question d'une façon décisive, en s'appuyant sur les termes mêmes de la loi. L'homologation du tribunal est exigée lorsque la valeur du meuble incorporel qu'il s'agira d'aliéner dépassera quinze cents francs en capital, *d'après l'appréciation du conseil de famille*. Le législateur s'en remet donc à la sagesse du conseil de famille qui basera son estimation soit sur le revenu net des cinq dernières années, soit sur telle ou telle circonstance qu'il jugera utile à le renseigner.

(1) Voir à ce sujet le *Journal Officiel* des 26 janvier 1878, 30 novembre 1879 et 6 et 18 février 1880.

« Pour éviter toute incertitude, porte la circulaire du
 » ministre, il conviendra d'insérer dans les délibérations
 » les formules suivantes : si la valeur du titre, rente sur
 » l'Etat, obligation de chemin de fer, etc., n'excède pas quinze
 » cents francs en capital, on ajoutera : « la valeur des titres
 » dont la désignation précède, n'excédant pas quinze
 » cents francs, la présente délibération n'est pas soumise
 » à l'homologation du tribunal. Dans le cas contraire :
 » la valeur des titres dont la désignation précède excédant
 » quinze cents francs, la présente délibération est soumise
 » à l'homologation du tribunal » (1).

Cette appréciation du conseil de famille enlève toute responsabilité aux agents de change chargés de vendre les titres et aux autres représentants du trésor, intéressés à la régularité de l'aliénation. Cependant, si l'appréciation du conseil de famille n'avait pas été faite loyalement, ou si l'assemblée avait déclaré que sa délibération ne serait pas soumise à l'homologation du tribunal, bien que la valeur des meubles à aliéner soit supérieure à quinze cents francs en capital, les agents de change et autres représentants du trésor ne seraient ni liés, ni couverts par une telle délibération. En cas de refus de la part de ces agents de consentir à un transfert qui leur paraît illégal, le tuteur n'aurait d'autre voie à suivre que de s'adresser aux tribunaux (2).

Mais *quid* dans le cas où les titres de rente sont indivis entre un majeur et un mineur ?

S'il n'y a pas eu attribution de parts, la loi de 1880 ne

(1) Circulaire du Ministre de la Justice du 20 mai 1880.

(2) D. P. 81. 3. 70.

dérogeant pas au droit commun, le conseil de famille ne pourra point déclarer que la part revenant à l'incapable représente un capital supérieur ou inférieur à quinze cents francs ; il sera nécessaire de procéder au partage judiciaire avant d'arriver à l'aliénation des titres (art. 838 et suiv. et 976 et suiv. du cod. de proc. civ.)

Cependant si les valeurs indivises étaient en péril, le conseil de famille pourrait en autoriser l'aliénation, le majeur y consentant de son côté, à charge toutefois de les remplacer par d'autres valeurs tenues comme plus fermes et plus solides, qui seraient immatriculées indivisément, l'indivision continuant d'exister sur les titres substitués, et le tribunal homologuerait valablement une telle décision de l'assemblée. Ce serait là un acte de pure administration intérieure, inspiré par la prudence. Une fois cette substitution opérée, et l'indivision tenant, la procédure en partage, telle qu'elle doit être observée quand il y a des mineurs, peut commencer à suivre son cours avec toutes les garanties édictées par la loi. (Ch. civ. 15 juil. 1890 : D. P. 90. 1. 361).

Si, au contraire, il y a eu partage anticipé par un ascendant, entre les enfants majeurs et mineurs, ce partage suffira pour fixer sur la tête du mineur la propriété des biens lui revenant, et le tuteur aura le pouvoir d'aliéner les meubles incorporels compris dans le lot de l'incapable jusqu'à concurrence de la valeur de quinze cents francs avec l'autorisation du conseil de famille, et, au-dessus de cette valeur, avec l'homologation du tribunal.

Si la demande en partage était *provoquée* non pas par le tuteur, mais le cohéritier majeur en état d'indivision avec

le mineur, l'autorisation du conseil de famille ni l'homologation du tribunal n'auraient plus leur raison d'être puisque le partage serait forcé (1).

Il peut se faire que l'homologation du tribunal soit nécessaire à la décision de l'assemblée autorisant la vente de certaines actions, même s'il s'agissait d'une valeur n'excédant pas quinze cents francs. Il en est ainsi pour les actions qui, en vertu de lois spéciales, sont devenues immeubles par la déclaration du propriétaire ; par exemple, le décret du 16 janvier 1808, dans son article 7, autorise cette immobilisation pour les actions de la Banque de France et leur applique alors les règles que le code civil prescrit pour les immeubles, tant au point de vue de l'hypothèque que de l'aliénation.

Enfin, la délibération du conseil de famille qui autorise une *cession d'office* dépendant d'une succession dans laquelle un mineur se trouve intéressé, est également soumise à l'homologation du tribunal (2) ; c'est là une règle constante établie par la chancellerie.

Les dispositions du code civil sur la vente des biens mobiliers des mineurs (art. 452) ne sauraient recevoir ici leur application rigoureuse : le code n'a pu avoir en vue de régler cette matière spéciale, puisqu'à l'époque de sa promulgation, aucune loi n'autorisait la cession des offices (3).

(1) Art. 815 et 465 du code civil combinés.

(2) ROLLAND de VILLARGUES, V^o. Office, n^o 93.

(3) Nîmes, arrêt du 3 Juillet 1850, D. P. 51, 2, 411.

**5^e Délibération prononçant l'exclusion ou la destitution du tuteur,
lorsque celui-ci n'y adhère pas.**

Il résulte des termes de l'article 448 du code civil que, si le tuteur adhère à la délibération du conseil de famille prononçant son exclusion ou sa destitution, il en est fait mention au procès-verbal et le nouveau tuteur entre de suite en fonctions.

Au contraire, s'il y a réclamation de sa part, cette délibération, pour produire ses effets, doit être homologuée par le tribunal de première instance (art. 448, al. 2, c.c.).

Il n'est point exigé que l'adhésion du tuteur soit formelle ; une adhésion tacite suffira pour dispenser la décision de l'assemblée de la formalité de l'homologation.

Mais qu'arrivera-t-il si le tuteur n'adhère ni ne réclame, s'il garde le silence ?

On pourrait, en assimilant le défaut d'adhésion à une réclamation, décider qu'il suffisait qu'il n'y ait pas adhésion pour que l'homologation fut nécessaire ; le premier alinéa de l'article 448 semble favorable à cette opinion : « *si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention...* » ce qui semble bien exiger une adhésion expresse. La cour de Paris, dans un arrêt du 2 août 1895 s'est prononcée en ce sens et a statué qu'il y a lieu à l'homologation lorsque la destitution est prononcée contre un tuteur qui, étant interné dans une maison de santé, se trouve dans l'incapacité absolue, à raison de son état mental, d'adhérer à la délibération qui lui reprend la tutelle (1).

(1) 2 Août 1895. D. P. 96, 2, 56.

On pourrait au contraire, en tirant argument de l'article 448 deuxième alinéa : *s'il y a réclamation, le subrogé-tuteur poursuivra l'homologation....* renverser l'opinion précédente et soutenir que le silence du tuteur, c'est-à-dire son défaut de réclamation, doit être assimilé à une adhésion tacite ; que donc l'homologation n'est pas nécessaire au cas de silence du tuteur (1).

Quand à nous, nous pensons que l'interprétation de ce silence est une question de fait qu'il faut laisser au souverain pouvoir d'appréciation des tribunaux.

D'ailleurs la question est sans grand intérêt pratique pour le tuteur qui pourra toujours, soit que l'on assimile son silence à une réclamation ou à une adhésion tacite, soit que le tribunal homologue la délibération du conseil de famille ou déclare l'homologation inutile ou irrecevable, ou bien demander, par voie principale et directe, son maintien dans la tutelle (art. 448, al. 3 c. c.) ou bien se pourvoir contre la décision rendue.

Quoiqu'il en soit, il serait bon d'interpeller à cet égard le tuteur, et de le mettre en demeure de déclarer s'il adhère ou s'il veut réclamer ; le conseil de famille a besoin d'être éclairé sur ce point puisque la question de savoir si le nouveau tuteur doit ou ne doit pas entrer sur-le-champ en fonctions est subordonnée à sa déclaration.

En effet, le premier alinéa de l'article 448 déclare que le

(1) Voir en ce sens MM. de FRÉMINVILLE, t. I, n° 450 ; DEMOLOMBE, t. VII, n° 506 ; LAURENT, t. IV, n° 528 ; HUE, t. III, n° 356. — Bruxelles, 18 Juillet 1810 ; SIREY, 1810, 2, 433.

nouveau tuteur n'entrera de suite en fonctions, que si son prédécesseur adhère à la délibération le destituant.

Toutefois, si l'intérêt de l'incapable exigeait un prompt éloignement du premier tuteur, le subrogé-tuteur serait fondé à demander au tribunal l'exécution provisoire de la délibération (art. 136, al. 6, cod. de proc. civ.).

6^e Transaction

« Le tuteur, dit l'article 467 du code civil, ne pourra » transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été auto- » risé par le conseil de famille, et de l'avis de trois juris- » consultes désignés par le procureur du Roi près le tri- » bunal de première instance. La transaction ne sera » valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le » tribunal de première instance, après avoir entendu le » procureur du Roi ». Ainsi, pour la transaction, le légis- » lateur s'est montré plus rigoureux que pour l'aliénation ; c'est qu'elle comporte l'abandon d'une partie des droits de celui qui transige, parfois même de droits certains, dans un but de tranquillité ou pour éviter des frais.

Il est à remarquer ici que ce n'est plus la délibération de l'assemblée qui doit être homologuée, mais bien la transaction elle-même consentie en vertu de cette délibération : « *la transaction sera homologuée...* ».

Suivant le droit commun, c'est le tribunal de première instance qui est compétent pour homologuer une transaction. Cependant, si elle intervient au cours d'une instance d'appel, pour mettre fin au procès, il semble qu'elle puisse être homologuée par la cour d'appel (1).

(1) BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, art. 467, n° 6.

L'article 467 ne fait aucune distinction entre les droits immobiliers et ceux relatifs aux meubles, il faut donc reconnaître que la transaction doit être homologuée dans un cas comme dans l'autre.

De même, cette formalité serait nécessaire aux transactions extrajudiciaires comme à celles faites par justice, sous formes de jugements convenus.

SECTION III

PROCÉDURE DE L'HOMOLOGATION

Il faut d'abord remarquer que la procédure spéciale prescrite par les articles 885 et 886 du code de procédure civile pour l'homologation des avis de parents, n'est applicable qu'au cas où les délibérations ont uniquement pour objet les intérêts du mineur ; lorsqu'au contraire la décision du conseil qu'il s'agit de faire homologuer concerne simplement le tuteur, la cause doit être instruite et jugée dans la forme ordinaire des instances.

Ce qui peut faire naître une confusion dans les esprits ce sont les mots « dans tout les cas » employés par l'article 885 du code de procédure ; cependant, au cas de destitution du tuteur, la procédure d'homologation est réglée par les articles 448 et 449 du code civil auxquels le code de procédure ne semble pas avoir dérogé.

1° Qui peut poursuivre l'homologation ?

C'est le tuteur qui a spécialement pour mission de poursuivre l'homologation de la délibération du conseil de famille. Cependant, si pour un motif quelconque,

il en est empêché, ou si le conseil le juge à propos, l'assemblée de parents peut en charger l'un de ses membres.

En tout cas, dit l'article 887 du code de procédure civile, les personnes auxquelles incombe ce soin, doivent agir dans le délai fixé par la décision, ou à défaut de fixation, dans le délai de quinzaine. Si elles négligent de le faire dans ce laps de temps, un membre quelconque de l'assemblée peut, dès lors, agir à sa place.

Ce délai de quinzaine accordé par la loi n'est pas susceptible de l'application de l'article 1033 du code de procédure civile relatif à l'augmentation du délai à raison de la distance pouvant exister entre le domicile du poursuivant et le lieu où siège le tribunal compétent.

Dans le cas spécial prévu par l'article 448 du code civil, où il s'agit d'une délibération du conseil de famille ayant prononcé l'exclusion ou la destitution du tuteur, le législateur a spécialement chargé le subrogé-tuteur d'en poursuivre l'homologation lorsqu'elle est nécessaire. Cependant, suivant la règle générale, si ce dernier ne s'est pas acquitté de sa mission, dans le délai fixé par la décision ou, à défaut de fixation, dans le délai de quinzaine, tous les membres de l'assemblée peuvent agir à sa place.

Si le conseil de famille, en même temps qu'il prononce la destitution du tuteur, nomme un nouveau subrogé-tuteur, c'est au subrogé-tuteur encore en fonctions lors de la délibération qu'il appartient de poursuivre l'homologation (1).

(1) C'est avec raison que la Cour de Grenoble a jugé que le nouveau subrogé-tuteur n'a pas qualité à cet effet, et que, s'il avait poursuivi l'homologation, il devrait de ce fait, être condamné aux frais de l'instance,

2° Qui le poursuivant doit-il appeler sur l'instance ?

Nous distinguerons plusieurs cas.

D'après le principe posé par l'article 885 du code de procédure civile, lorsqu'il s'agit de faire homologuer une délibération qui y est sujette de par la loi, la procédure n'est dirigée contre personne. Il n'y a pas d'adversaire à l'instance, et le tribunal est appelé à donner son approbation sans qu'il y ait débats devant lui (1).

Mais si l'homologation est poursuivie par un membre du conseil de famille autre que celui qui en était chargé, celui-ci ayant négligé de le faire dans le délai voulu, le membre qui agit doit assigner celui qui est en défaut ; ainsi l'exige l'article 887 du code de procédure civile : « si le » tuteur, ou autre chargé de poursuivre l'homologation, ne » le fait pas dans le délai fixé par la délibération, ou, à » défaut de fixation, dans le délai de quinzaine, un des » membres de l'assemblée pourra poursuivre l'homolo- » gation contre le tuteur, et aux frais de celui-ci, sans » répétition. »

Comme on le voit, d'après le texte, le tuteur ou le membre négligeant peuvent être condamnés aux frais de l'instance ; en ne les appelant pas, ce serait provoquer

sans que l'on eut égard à sa bonne foi. (Grenoble, 24 juin 1846 : D. P. 46, 4, 502.)

(1) En pratique, dans les études d'avoués, on rédige ainsi l'entête d'un dossier d'homologation dans le cas qui nous occupe :

Monsieur X., en sa qualité de tuteur du mineur Y.

Contre

Qui de droit.

Ou bien : pour valoir ce que de droit.

contre eux une condamnation, sans leur permettre auparavant de donner une excuse possible.

De même, l'on doit appeler sur l'instance les membres de l'assemblée qui, croyant devoir s'opposer à l'homologation de la délibération, l'aurait déclaré par acte extrajudiciaire à celui qui est chargé de la poursuivre (art. 888 du cod. de proc. civ.).

Mais *quid* dans le cas de l'article 448 du code civil, c'est-à-dire lorsque le subrogé-tuteur, ou bien, à son défaut, un membre du conseil de famille, poursuivent l'homologation de la décision prononçant la destitution ou l'exclusion du tuteur ? Doivent-ils appeler sur l'instance le tuteur déstitué ?

Les avis sont partagés sur la question.

Une théorie, en se basant sur le silence du législateur à cet égard, prétend que l'on doit se reporter à l'article 885 du code de procédure civile et que le jugement d'homologation est valablement rendu sur simple requête, c'est-à-dire sans que le tuteur soit appelé. Plusieurs arrêts viennent confirmer cette opinion (1).

Cependant, avec la plupart des auteurs, nous croyons devoir admettre la solution contraire et décider que le tuteur doit être appelé et entendu à l'homologation. Cela pour plusieurs raisons.

1° D'abord, parce que la procédure spéciale organisée par les articles 885 et 886 du code de procédure, s'applique seulement aux délibérations relatives aux intérêts du

(1) Nîmes, 8 Juillet 1834. Rennes, 19 mars 1844. Arrêts rapportés au Dalloz, jur. gén. V^o minorité, n^{os} 383 et 384. Paris, 18 décembre 1875 : D. P. 78, 2, 51, 52.

mineur, et qu'elle n'est plus justifiable lorsqu'il y a débats entre le tuteur et le subrogé-tuteur ou un des membres du conseil de famille ; que donc il faut chercher ailleurs un principe pouvant nous permettre de trancher la question.

2^o Ensuite parce que, d'après les principes généraux de notre droit, nul ne peut être condamné, si préalablement il n'a pas été admis à présenter ses moyens de défense ; pour qu'il en fut autrement il faudrait un texte portant dérogation expresse à ce principe, et ce texte nous manque. Or, la destitution est une véritable condamnation pour le tuteur qui d'ailleurs peut être, en outre, contraint de payer les frais occasionnés par suite de sa réclamation injustifiée.

3^o Enfin, parce que l'article 447 du code civil exige que toute délibération qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur, ne peut être prise qu'après l'avoir entendu ou appelé. L'article 448, il est vrai, ne parle pas de cette intimation du tuteur, mais il répugne de penser que, lorsqu'il s'agit d'émettre un simple avis, l'intimation soit jugée nécessaire et qu'elle parait complètement inutile quand il est question de rendre un jugement (1).

Dans tous les cas, d'après les principes mêmes de l'article 885 du code de procédure civile, il est certain que si le

(1) Si le jugement d'homologation avait été obtenu sur requête, sans mise en cause du tuteur, ce dernier aurait le droit soit de former tierce-opposition au jugement, soit de poursuivre directement l'annulation de la délibération homologuée, en dirigeant son action contre le subrogé-tuteur, dans les termes de l'article 448 du code civil.

Voir en notre sens : Orléans, 12 janvier 1850 : D. P. 50, 2, 60 ; MM. DEMO-LOMBE, t. VII, n^o 504, p. 298 ; AUBRY et RAU, t. I, paragraphe 119, p. 746, note II, et les auteurs cités en cette dernière note.

tuteur exclu ou destitué avait déclaré, par acte extrajudiciaire, s'opposer à l'homologation, il serait alors nécessaire que le subrogé-tuteur l'appelât sur l'instance (1).

Le ministère public n'est point partie dans les demandes en homologation. Les articles 448 du code civil et 2 de la loi du 27 février 1880 prescrivent spécialement de l'entendre dans certains cas déterminés, mais seulement de l'*entendre*, c'est-à-dire, de le laisser émettre son avis sur l'opportunité de l'homologation. Ce n'est d'ailleurs que l'application du pouvoir qui lui est conféré par la loi dans l'article 83 alinéa 2 du code de procédure civile.

3^o Marche de la procédure

La marche à suivre pour arriver au jugement d'homologation nous est donnée par les articles 885 et 886 du code de procédure civile ; mais, ces textes, nous l'avons déjà dit, s'appliquent seulement au cas où les intérêts du mineur sont seuls en jeu dans la délibération dont on poursuit l'homologation.

Lorsqu'il s'agit d'obtenir l'approbation du tribunal sur un avis de l'assemblée excluant ou destituant le tuteur, la cause doit être instruite dans les formes ordinaires des instances.

Dans les autres cas, la demande doit être formée devant le tribunal d'arrondissement du lieu où le

(1) En pratique, souvent le subrogé-tuteur poursuivant l'homologation de la délibération du conseil de famille, notifie cette délibération au tuteur en le sommant d'y former opposition s'il le juge convenable, et se dispense alors de lui donner un ajournement expresse.

conseil de famille s'est réuni pour délibérer (1). Elle se fait sous forme de requête adressée au président, avec constitution d'avoué. Le ministère des avoués est indispensable : l'ancien tarif (décret du 16 février 1807) qui fixe le coût de la requête « afin d'homologation du conseil de famille » s'explique sur ce point (2) ; le nouveau tarif (décret du 15 août 1903) prévoit également l'assistance de ces officiers ministériels (3).

Une expédition de la délibération est jointe à la dite requête ; elle a pour but de renseigner le président sur l'utilité de l'acte projeté et sur les avis de l'assemblée.

Le président commet un juge pour faire un rapport sur l'opportunité de l'homologation et ordonne ensuite la communication de ces pièces au ministère public, par application de l'article 83, al. 2 du code de procédure ou des articles 448 du code civil et 2 de la loi du 27 février 1880.

Le procureur de la République met ses conclusions au bas de l'ordonnance du président ; cela ne l'empêche pas de conclure verbalement à l'audience s'il le juge utile.

Enfin, au jour fixé, l'affaire vient devant le tribunal qui rend son jugement.

S'il n'y a pas de contradicteur à l'homologation, la demande étant justement formée par le tuteur ou par la personne à ce commise par la délibération du conseil de famille, il statue en chambre du conseil. Au contraire, s'il

(1) La question de savoir où doit être réuni le conseil de famille est très discutée ; nous n'avons pas à étudier cette question dans notre thèse.

(2) Décret du 16 février 1807, art. 78, al. 11.

(3) Décret du 15 août 1903, art. 60.

existe un contradicteur, la demande étant formée contre la personne qui n'a pas poursuivi en temps utile l'homologation qu'elle était chargée de requérir, il statue en audience publique (1).

On pourrait dire que cette distinction n'est pas générale et que, dans les cas prévus par l'article 458 du code civil (2), le tribunal doit toujours statuer en chambre du conseil, qu'il y ait ou non contradicteur : « Les délibérations du » conseil de famille relatives à cet objet (emprunt, aliénation immobilière et hypothèque), ne seront exécutées » qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance, qui » y statuera en la chambre du conseil, et après avoir » entendu le procureur du Roi ». La généralité des termes employés par le législateur semble bien confirmer cette opinion.

Cependant notre distinction s'impose, car elle est conforme aux principes généraux sur la publicité des jugements. D'ailleurs, on peut expliquer ainsi la généralité de l'article 458 : le plus fréquemment il n'y a pas de contradicteur, alors le tribunal exerce une juridiction gracieuse et statue, à ce titre, en chambre du conseil ; il est donc bien naturel de croire que les rédacteurs du code civil se sont référés à cette hypothèse dans l'article précité. Mais, s'il y a contradicteur à l'homologation, la procédure devient contentieuse et le jugement doit-être public (3).

(1) Voir page 50, quels sont les pouvoirs du tribunal sur la délibération elle-même.

(2) De même pour l'article 2 de la loi du 27 février 1880.

(3) Voici sur ce point en sens divers : MM. BIOCHE, *Traité de procédure*,

Afin d'éviter des frais on porte sur le même cahier, à la suite de la délibération, l'ordonnance du président, les conclusions du procureur de la République et le texte du jugement (art. 886 cod. de proc. civ.).

SECTION IV

VOIES DE RECOURS CONTRE LES JUGEMENTS D'HOMOLOGATION

Les jugements qui homologuent les délibérations du conseil de famille sont susceptibles : 1^o de tierce opposition ; 2^o d'opposition, et 3^o d'appel.

1^o Tierce opposition

Conformément aux principes généraux, les personnes qui n'ont pas été appelées au jugement d'homologation et aux droits desquelles ce jugement préjudicie, ont le droit de l'attaquer par la voie de la tierce opposition.

Par exemple, si le tuteur n'a pas été appelé ni entendu au jugement homologuant la décision qui prononce son exclusion ou sa destitution, il peut valablement former tierce opposition contre ce jugement ; il en serait ainsi pour toute autre personne qui devait être appelée sur l'instance et qui, en fait, ne l'a pas été.

De même, le conseil de famille peut se servir de cette voie, pour attaquer un jugement d'homologation qui aurait

V^o Conseil de famille, nos 77 et 79 ; CARRÉ, *Lois de la procédure civile et commerciale*, t. VII, 2^{me} partie, question 3003 ; CHAUVEAU sur CARRÉ ; AUBRY et RAU, etc.

modifié sa décision; un pareil jugement préjudicie à ses droits (1).

2^e Opposition

L'opposition dont il s'agit ici est d'un caractère tout spécial. En droit commun, l'opposition est l'acte d'une partie qui, jugée par défaut, c'est-à-dire en son absence, fait défense d'exécuter et remet en question le jugement rendu contre elle. En matière d'homologation d'avis de parents, l'opposition n'est pas ouverte, suivant cette règle générale, à des parties qui ont fait défaut dans une instance à laquelle elles étaient appelées, mais au contraire, à des personnes qui n'ont pas été appelées dans une instance ou elles avaient le droit de figurer; c'est donc l'opposé du droit commun.

Pour pouvoir former opposition au jugement d'homologation, il faut suivant l'article 888 du code de procédure civile, avoir déclaré auparavant, par acte extrajudiciaire, vouloir s'opposer à l'homologation de la délibération et n'avoir pas été appelé à ce jugement par le demandeur.

Cette opposition est recevable jusqu'à l'exécution de la décision homologuée, mais pas après ce moment, même si le jugement n'avait pas été signifié.

Conformément aux principes généraux, elle doit être portée devant le tribunal qui a rendu le jugement. Cependant, si le conseil dont la délibération a été homologuée a été irrégulièrement constitué, l'opposition peut se porter par voie d'action devant le tribunal du domicile du défen-

(1) Colmar, 11 avril 1822: rapporté au DALLOZ, jur. gén.; V^o Minorité, n^o 543, 1^o.

deur, et même, par voie d'exception, devant celui où se poursuit l'exécution du jugement d'homologation (1).

3° Appel

« Les jugements rendus sur délibération du conseil de » famille, dit l'article 889 du code de procédure civile, sont » sujets à appel ».

La généralité des termes employés par ce texte pourrait autoriser l'interprète à affirmer que dans tous les cas, l'appel d'un tel jugement est possible.

La question mérite discussion, voici comment elle se pose.

La faculté de l'appel est-elle réservée seulement aux membres qui ont déclaré, par acte extrajudiciaire, s'opposer à l'homologation, ou à tous les membres de l'assemblée, alors même qu'ils n'auraient pas manifesté l'intention de contredire au jugement ?

On pourrait, avec la cour de Rennes (2), se baser sur les termes généraux de l'article 889 du code de procédure civile et décider que dans tous les cas, les membres du conseil de famille pourront porter l'appel : ce texte ne subordonne cette faculté à aucune condition. L'on pourrait prétendre qu'autrement, le but du législateur serait le plus souvent manqué ; qu'en effet, les membres qui, soit par ignorance, soit par oubli ou toute autre cause, n'auraient pas songé à notifier leur opposition avant le jugement d'homologation, seraient désormais dans l'impossibilité d'attaquer les délibérations les plus préjudiciables aux intérêts du

(1) RODIÈRE : *règles de procédure civile et commerciale*, t. II, p. 441.

(2) Rennes, 4 avril 1870 : D. P. 70, 5, 454.

mineur, au moment où l'exécution imminente de ces délibérations en révèle le danger; qu'une telle conséquence serait en désaccord avec l'esprit de l'article 888 du code de procédure civile, qui a voulu rendre plus efficace le droit d'opposition des membres du conseil de famille, et le moyen de prévenir toute surprise en empêchant, par une simple déclaration extrajudiciaire, le tuteur de poursuivre l'homologation de la délibération sur sa seule requête, et sans les avoir lui-même préalablement appelés.

Nous croyons devoir repousser un tel système et décider plutôt que l'appel, dans la matière qui nous occupe, est seulement possible lorsqu'il y a eu contradicteur à l'homologation.

Notre théorie a l'avantage d'être conforme aux principes généraux de notre droit. L'article 889, en effet, malgré sa généralité, ne modifie nullement les règles du droit quant aux conditions de l'exercice et de la recevabilité de l'appel. Il signifie simplement que tous les jugements rendus sur l'homologation des décisions de l'assemblée, de même que ceux rendus sur l'opposition à ces jugements, sont susceptibles d'appel, avec cette restriction toutefois que le tribunal ait statué au contentieux, que donc il y ait eu contradicteur à l'homologation. Il est de principe indiscutable que nul ne peut relever appel d'un jugement si, à un titre quelconque, il n'y a été partie; une dérogation à ce principe ne pourrait résulter que d'une disposition formelle de la loi, laquelle ne se rencontre pas dans le texte précité; c'est forcer le sens de l'article 889 et lui donner une portée qu'il n'a pas, de décider que ceux qui auraient pu être parties en première instance, s'ils en avaient manifesté la volonté

dans les formes déterminées par l'article 888, ont qualité pour appeler du jugement auquel ils sont restés étrangers, par suite de leur abstention (1).

D'ailleurs ces derniers, alors même qu'ils n'ont point déclaré vouloir s'opposer à l'homologation, ne sont nullement dans l'impossibilité d'attaquer la décision qu'ils jugent contraire aux intérêts de l'incapable : ils peuvent ou bien intervenir sur l'instance d'homologation, ou bien, une fois le jugement rendu, procéder par voie d'action directe. Ce dernier moyen est absolument conforme au principe d'après lequel les jugements d'homologation des délibérations du conseil de famille ne sont point de véritables jugements, mais de simples actes de surveillance judiciaire.

Enfin, nous devons signaler une exception formelle au principe émis par l'article 889 du code de procédure civile : d'après l'article 2 *in fine* de la loi du 27 février 1880, les jugements qui donnent ou refusent l'homologation à une délibération du conseil de famille, autorisant l'aliénation de valeurs mobilières représentant un capital supérieur à quinze cents francs, sont rendus en dernier ressort, c'est-à-dire, ne sont pas sujets à appel (2).

(1) Voir en notre sens MM. BOITARD, COLMET-DAAGE et GLASSON, *leçons de procédure civile*, 14^{me} édition.

(2) Ce texte est ainsi conçu : « Dans tous les cas, le jugement rendu » sera en dernier ressort » a une portée très générale et ne s'applique pas seulement aux jugements d'homologation, mais encore à ceux qui statuent sur les recours formés, en conformité avec l'article 883 du code de procédure civile, et motivés par l'intérêt du mineur, contre toutes délibérations, sujettes ou non à l'homologation, homologuées ou non, qui accordent ou refusent au tuteur l'autorisation d'aliéner des valeurs mobi-

L'appel, dans les cas où il est recevable, se juge dans les conditions ordinaires, et l'arrêt peut être déféré, selon le droit commun, à la cour de cassation.

lières représentant un capital quelconque, inférieur ou supérieur à quinze cents francs. Il s'applique aussi aux jugements qui statuent sur les demandes en nullité, pour incompétence ou vice de forme, dirigés contre toutes délibérations ayant le même objet.

TROISIÈME PARTIE

Voies de recours contre les délibérations du conseil de famille

GÉNÉRALITÉS

Il peut arriver que les délibérations du conseil de famille soient contraires aux intérêts du mineur qu'elles ont cependant pour but de protéger : l'assemblée peut être composée de membres ignorants ou étrangers aux affaires, elle peut comprendre des parents en rivalité d'intérêts entre eux, elle peut encore être mal renseignée, induite en erreur et méconnaître les véritables besoins d'une situation déterminée.

Il fallait donc au mineur une sauvegarde contre ces accidents : on la trouve dans les recours organisés par le législateur contre les délibérations du conseil de famille.

Nous disons bien contre les *délibérations*, car, tant que le conseil, une fois composé, n'a point accompli d'actes en dehors de sa compétence, il n'appartient à personne de critiquer la manière dont il a été composé. L'appréciation faite avant toute délibération, sur la régularité de la convocation ou sur toute autre difficulté, rentre exclusivement dans les attributions gracieuses du juge de paix, sauf

recours ultérieur au tribunal civil : le tribunal de première instance ne peut être appelé à apprécier cette composition ou cette convocation qu'à l'occasion d'une délibération émanant de l'assemblée (1).

Mais une fois le conseil de famille en exercice, s'il s'élève des difficultés sur l'exécution des délibérations, ou à leur occasion, c'est aux tribunaux qu'il appartient désormais de les trancher. C'est ainsi que les magistrats peuvent, indirectement, modifier ou réformer les décisions du conseil de famille, et il est vrai de dire « que c'est alors leur avis et non celui de la famille qui est suivi. » (DEMOLOMBE, t. VII, p. 199, n° 326.)

Le code civil, articles 426, 440, 448 et 449, a bien établi un moyen pour attaquer les décisions de l'assemblée, mais il ne s'occupe dans ces textes, que de cas spéciaux ; c'est le code de procédure civile qui a organisé et généralisé ce mode de recours (art. 883 à 889).

En réalité, nos codes sont très brefs et très incomplets sur cette matière, et nous aurons souvent à demander des lumières à la jurisprudence, pour trancher des difficultés qu'ils ne prévoient même pas.

Nous verrons que les règles du recours varient suivant que l'acte autorisé par la délibération a été ou non exécuté, et suivant que l'action est intentée par le mineur ou en son nom, ou par un tiers.

L'article 883 du code de procédure qui est la base de

(1) Cependant s'il s'élevait une *question d'état*, le juge de paix devrait renvoyer immédiatement les parties devant les juges compétents, et dresser un procès-verbal d'ajournement.

notre système de recours contre les décisions de l'assemblée est ainsi conçu : « toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, » l'avis de chacun des membres qui le composent sera » mentionné dans le procès-verbal. »

« Les tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, même les » membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la » délibération ; ils formeront leur demande contre les » membres qui auront été d'avis de la délibération, sans » qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation. »

A s'en tenir au sens exact de ce texte, il semble bien que le recours contre les décisions de l'assemblée soit seulement possible dans le cas où elles n'ont pas été prises à l'unanimité.

En effet, on lit dans le deuxième alinéa que les membres du conseil « *formeront leur demande contre ceux qui auront* » *été d'avis de la délibération,* » cela suppose bien qu'il y a eu partage d'opinions. D'ailleurs comment supposer qu'un membre, qui a voté pour la résolution adoptée, puisse ensuite à sa guise, revenir sur son propre fait et se combattre lui-même ?

Cependant une telle restriction ne doit pas être admise et le législateur, malgré les termes employés, à entendu statuer sur le *plerumque fit* ; autrement dit, il n'y a pas lieu de distinguer, au point de vue du recours, si la délibération a été unanime ou non. Régler le mode de se pourvoir contre une résolution qui n'a pas été prise à l'unanimité, ce n'est pas proscrire l'action quand l'unanimité se rencontre ; l'article 883 suppose le partage, il est vrai, mais il ne fait pas de la diversité d'avis une condition de recours.

Le législateur, en permettant d'attaquer une délibération, a pensé que la majorité du conseil de famille pouvait se tromper, mais précisément l'assemblée toute entière n'est pas exempte d'erreur; un avis peut être pris à l'unanimité et être absolument contraire aux intérêts de l'incapable.

Nous verrons plus loin qu'un membre du conseil peut parfaitement revenir sur sa première opinion et attaquer lui-même une résolution qu'il a cependant votée (1).

La doctrine d'ailleurs se prononce en faveur du recours dans tous les cas, et la jurisprudence, longtemps incertaine, s'est également fixée en ce sens (2).

L'article 883 ne distingue pas si la délibération que l'on veut attaquer est sujette ou non à l'homologation. Nous avons vu qu'il existe un recours spécial contre les jugements d'homologation; mais l'on peut également se pourvoir par voie d'action directe et principale contre la délibération elle-même. En effet l'homologation n'est pas une décision du juge sur la validité de la délibération, et elle n'apporte aucun obstacle à l'exercice du pouvoir qui

(1) Voir page 102.

(2) Angers, 16 août 1819, jur. gén. *V^o Minorité*, n^o 59. Nancy, 3 avril 1857 : D. P. 57, 2, 175. Agen, 24 décembre 1860 : D. P. 61, 2, 20. Dijon, 14 mai 1862 : D. P. 62, 2, 121. Tribunal d'Arbois, 4 juillet 1868, D. P. 69, 3, 7. Rouen, 25 novembre 1868 : 69. 2, 76. Angers, 11 novembre 1875 : D. P. 76, 2, 31. Paris, 19 novembre 1887 : D. P. 88, 2, 176. Comp. Bruxelles, 11 Juin 1890 : D. P. 91, 2, 249. Besançon, 29 juillet 1896 : D. P. 97, 2, 305 et la note de M. Biville.

MERLIN, question de droit. *V^o Tutelle*. Sec. 2, § 3, art. 3. DELVINCOURT, cod. civ., T. I., p. 435. MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIAE, cours de droit civil français, T. I, § 204. AUGIER, encyclopédie des juges de paix, T. I, p. 914. LAURENT, T. IV, N^o 470, p. 588. HUC, T. II, n^o 321. AUBBY et RAU, T. I, § 96, p. 617, note 8.

appartient aux magistrats de maintenir ou d'annuler une décision de l'assemblée, quand cette décision fait l'objet d'un recours autorisé par la loi (1).

Nous devons signaler une exception à la règle établie par l'article 883. Le code de procédure ne parle, dans ce texte, que des délibérations véritables c'est-à-dire des décisions prises par le conseil de famille ; si ce dernier est simplement *consulté* par le tribunal, *l'avis* qu'il émettra ne sera pas une délibération, car il n'emportera aucune exécution ; dès lors, que les magistrats tiennent compte ou non de cet avis, il ne pourra être question de recours de la part des nombres consultés (2).

(1) Req. 17 décembre 1849. D. P. 50, 1, 77.

(2) Voir en sens contraire, Grenoble, 18 janvier 1854. D. P. 54, 2, 55.
Cet arrêt n'est pas motivé.

CHAPITRE PREMIER

Qui peut attaquer les délibérations du conseil de famille

Nous verrons plus tard l'hypothèse dans laquelle les attaques ont pour but de revenir sur ce qui a été fait. A l'heure actuelle, nous nous occuperons seulement du cas où la délibération n'est pas encore exécutée, le recours ayant précisément pour but d'en empêcher l'exécution.

C'est le cas prévu par l'article 883 du code de procédure civile qui porte dans son deuxième alinéa : « Les tuteur, » subrogé-tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la délibération ; » ils formeront leur demande, etc... »

La loi signale en premier lieu le tuteur : c'est naturel, puisqu'il représente le mineur et qu'il est le véritable agent exécutif de la tutelle. Il peut agir alors même que son intérêt est contraire à celui du pupille ; en effet, l'on admet son recours même dans le cas où son intérêt propre est le plus manifestement engagé, lorsqu'il s'agit d'une délibération qui a prononcé son exclusion ou sa destitution (1).

Que décider dans le cas bizarre où il existe deux tuteurs ?

(1) Dijon, 14 janvier 1891. D. P. 91, 2, 223.

Cette hypothèse n'est pas purement théorique, elle se rencontre assez souvent dans la pratique (1), et voici comment. Les opinions sont partagées sur le point de savoir à quel domicile l'on doit réunir le conseil de famille pour nommer un tuteur à l'incapable : les uns soutiennent que c'est toujours au domicile primitif de la tutelle, c'est-à-dire au domicile que le mineur possédait lors du décès du survivant de ses père et mère ; d'autres, au contraire, que c'est à celui du dernier tuteur, lequel domicile peut varier. Dans ces conditions, il est possible que deux juges de paix se déclarent compétents, que deux conseils de famille soient réunis et nomment chacun un représentant à l'incapable. Lequel des deux tuteurs peut attaquer valablement la décision de l'assemblée ?

Evidemment tous les deux ont un titre apparent, et ce titre leur permet d'attaquer la délibération qui a nommé un autre tuteur. Un conflit naîtra de cette dualité, et le tribunal décidera lequel des deux a été légalement nommé (2).

Il n'y a rien à dire à l'égard du subrogé-tuteur ou du curateur : l'article 883 leur donne expressément le pouvoir d'attaquer les délibérations du conseil de famille.

La loi mentionne ensuite les membres de l'assemblée. Il s'agit assurément, dans ce texte, des membres opposants

(1) Chambéry, 27 août 1867, Journ. arr. Grenoble et Chambéry, 1868, p. 38. — Cass. : 2 mars 1869 : Sirey, 69, 1, 151, etc...

Voir en sens divers : DEMOLOMBE, *Minorité*, t. I, n° 237, p. 141 ; BAUDRY LA CANTINERIE, *Précis*, t. I, n° 859, p. 541 ; HUC, t. III, n° 298, p. 304 ; MARCADÉ, t. II sur l'article 410, n° 3 ; DURANTON, t. III, n° 453 ; AUBRY et RAU, t. I, p. 337 et 338, etc...

(2) Arrêt de Gand, 22 mai 1841, confirmé par arrêt de cassation, 28 juillet 1843 (PASICRISIE, 1841, 2, 293 et 1843, 1, 103).

qui ont été convoqués et ont assisté à la réunion du conseil de famille.

A ces membres, il faut cependant assimiler ceux que le juge de paix n'aurait pas appelés et qui devaient être présents à la délibération. Ils peuvent justement se plaindre de n'avoir pas été convoqués, et soutenir en conséquence que, la composition du conseil de famille ayant été irrégulière, la délibération est nulle. Ce droit de recours est une garantie de la bonne composition de l'assemblée, et il ne peut dépendre du juge de paix d'en écarter arbitrairement les parents ou les alliés les plus proches, sous un prétexte quelconque ; cela ne fait pas doute.

Mais, il y a difficulté de savoir si les membres qui ont assisté au conseil et ont voté la résolution ou y ont acquiescé, ont néanmoins le droit d'attaquer la délibération. Des controverses sont nées à ce sujet.

Un premier système déclare que le recours ne leur est pas possible. Voici ses arguments :

L'article 883 du code de procédure civile suppose que celui qui attaque est d'avis contraire à la délibération : cela est rationnel, car, peut-on revenir sur son propre fait, peut-on se combattre soi-même ?

D'ailleurs, dit M. DEMOLOMBE, ces membres ne sont pas enfermés dans leur propre vote, et ils ont un moyen de réparer, dans l'intérêt du mineur, l'erreur qu'ils reconnaissent avoir commise. Voici ce procédé : « le membre » requiert du juge de paix une nouvelle convocation du » conseil de famille, pour lui communiquer les renseignements nouveaux ou les nouvelles observations qui, » depuis que la délibération a été prise, ont modifié leur

» sentiment. Et alors, si le conseil de famille persiste dans
» cette délibération ou même refuse de recourir à la dis-
» cussion, le membre se trouvera alors de la minorité, et
» pourra poursuivre le mode de procédure tracé par
» l'article 883 » (1).

Malgré ces arguments, nous croyons devoir interpréter d'une façon plus large l'article 883 du code de procédure civile, et décider que le recours peut être formé même par ceux qui ont voté la résolution ou qui y ont acquiescé dans la suite.

Avant tout le but du législateur a été de sauvegarder les intérêts de l'incapable ; il faut donc admettre le recours de tous ceux qui peuvent agir en son nom : tels sont les membres du conseil de famille. Quelle impossibilité y a-t-il à ce qu'une personne ayant plus mûrement réfléchi, étant peut-être mieux éclairée, puisse reconnaître *utilement* son erreur et la réparer ! L'adage « on ne peut revenir sur son propre fait » suppose, pour être vrai, que celui qui change d'avis y est personnellement intéressé. Or le membre qui attaque la délibération de l'assemblée, le fait uniquement dans l'intérêt du mineur, il doit donc avoir toujours ce droit.

Cela n'est d'ailleurs pas contestable quand il s'agit d'un recours pour vice de formes ; car l'assentiment donné à une délibération nulle, ne peut valider cette délibération (2). Nous croyons qu'il en est de même quand la délibéra-

(1) M. DEMOLOMBE, t. VII, p. 205, n° 338. Dans le même sens : MM. DELINCOURT, t. I, p. 112 ; TAULIER, t. II, p. 37 ; HUC, t. III, p. 319.

(2) La jurisprudence est en ce sens : Liège, 4 janvier 1811 ; Lyon, 15 février 1812 ; Colmar, 27 août 1813 ; Angers, 29 novembre 1824 : arrêts rapportés au DALLOZ, Jur. génér. V° *Minorité*, nos 171, 174, 190, 196.

tion est attaquée au fond : le tuteur peut valablement demander la nullité des actes que lui-même a faits, parce qu'il agit dans l'intérêt du mineur, il y a les mêmes raisons d'accorder ce pouvoir aux membres de l'assemblée.

Enfin, il est difficile d'admettre l'expédient si compliqué proposé par M. DEMOLOMBE, qui aboutit à ce singulier résultat de placer un membre du conseil de famille dans la minorité par rapport à une délibération adoptée sur son vote. Ou bien il a le droit de se pourvoir, ou bien il ne l'a pas ; il faut le laisser en user ou non, sans recourir à des subtilités de procédure. Nous ne voulons pas enseigner par là qu'il dépend de son caprice d'arrêter l'exécution d'une décision qu'il a contribué à prendre ; nous entendons seulement dire que, si de nouveaux faits sont survenus depuis la délibération, si l'on a découvert de nouvelles pièces inconnues jusqu'alors, si l'on a obtenu des renseignements précis dont on ne se doutait pas, il est permis à un membre de la majorité, pour réparer une erreur commise, de s'adresser directement au tribunal, pour lui demander la révision de la décision. Il n'est pas besoin pour cela d'employer un détour qui, en définitif, aboutirait peut-être au même résultat, mais augmenterait les frais et ferait perdre du temps inutilement. (Voir à ce sujet une note de M. Raoul BIVILLE sur un arrêt de la cour de Caen en date du 13 décembre 1897, rapporté au D. P. 97, 2, 505) (1).

(1) MM. AUBRY et RAU, t. I, § 96, note 8 ; LAURENT, t. IV, n° 469 ; DALLOZ, Juris. génér. sup. V^e *Minorité*, n°s 173, 174.

Colmar, 14 février 1840 : DALLOZ, *idem*, n° 252. — Caen, 13 décembre 1897, D. P. 97, 2, 505.

Voir en sens contraire, Rouen, 2 juin 1891, DALLOZ, J. G. supp. V^e *Minorité*, p. 680, note 1.

L'article 883 ne mentionne pas d'autres personnes que le tuteur, le subrogé-tuteur ou curateur et les membres de l'assemblée. Faut-il, prétendant que cette énumération n'est pas limitative, décider que d'autres personnes ont également le pouvoir d'attaquer une délibération du conseil de famille ?

Assurément les parents ou alliés que la loi ne prescrit pas d'appeler à l'assemblée, et qui en réalité n'en ont pas fait partie, sont sans qualité pour se pourvoir contre la délibération : pas d'intérêt, pas d'action. On objecterait en vain que ces personnes peuvent avoir un intérêt moral à faire tomber la décision et que parfois le législateur accorde le droit d'agir pour un intérêt de ce genre ; il faudrait un texte spécial pour cela, et ce texte nous manque.

Mais *quid* du mineur, n'est-il pas le véritable intéressé ?

Delvincourt (1) prétend que ce dernier peut attaquer une décision de l'assemblée. Nous ne croyons pas devoir admettre cette solution, car le mineur ne peut agir que par l'intermédiaire de son tuteur et non personnellement. Au contraire, la personne dont on provoque l'interdiction a le droit de demander que l'avis donné sur son état par le conseil de famille soit déclaré nul, par le motif que le conseil de famille n'a pas été formé selon le mode prescrit par l'article 407 du code civil (2).

De même, en matière tutelle, le ministère public ne peut demander la nullité d'une délibération prise par l'assemblée de parents. L'article 46 de la loi du 20 avril 1810 lui permet,

(1) t. I. p. 408, note 3.

(2) Bruxelles, 9 décembre 1825 — Pasirisie belge, 1826, p. 313.

il est vrai, de poursuivre d'office l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public, mais l'article 883 du code de procédure civile est un texte spécial, et cette disposition ne lui donne pas ce pouvoir. D'ailleurs, il n'a pas le droit de provoquer la convocation du conseil de famille, pourquoi pourrait-il agir par voie d'action directe et principale ?

Pour le Juge de paix, la question est plus douteuse et il y a motif d'hésiter. L'article 883, en effet, donne le droit de recours aux membres de l'assemblée ; or le juge de paix en est « membre né », il en est même le principal membre, puisque l'article 416 du code civil lui donne voix prépondérante en cas de partage. Il serait donc naturel, s'il faisait partie de la minorité, qu'il puisse se prévaloir de l'article 883, et ce serait là une grande garantie pour le mineur. De plus, en admettant qu'il soit seul de son avis, la délibération ne serait pas unanime, et en lui refusant le droit de recours, ne serait-ce pas violer formellement l'article 883 (1).

Toutefois la presque unanimité des auteurs est d'avis contraire. On admet que les mots « membres de l'assemblée » employés par la loi, pour indiquer les personnes qui ont le pouvoir d'attaquer les délibérations du conseil de famille,

(1) Il a cependant été jugé en Belgique que le juge de paix étant membre du conseil de famille peut, en vertu de l'article 883 du code de procédure civile, former opposition aux délibérations de ce conseil. De même, en Belgique, le ministère public a droit de poursuivre d'office la réformation d'une décision sur l'opposition du juge de paix, parce qu'il a un droit d'action en matière civile, pour assurer l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public. (Tribunal de Furnes, 14 février 1885, PASCHISIE belge 85, 3, 344.)

ne s'entendent que des parents, alliés ou amis. Et, si le juge de paix était englobé dans ces mots, il se trouverait compris, par le même article, au nombre des personnes contre lesquelles la demande doit être formée, quand il a été d'avis de la délibération ; or nous verrons plus loin que le juge de paix ne peut être mis en cause (1).

En résumé, les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées par le tuteur, le subrogé-tuteur, le curateur, un membre qui a délibéré, ou un parent qui n'a pas été convoqué ; peu importe que ces personnes se plaignent de la forme ou du fond, lors même que ces délibérations auraient été prises à l'unanimité ou qu'elles seraient sou-
mises ou non à l'homologation du tribunal.

(1) En ce sens : MM. DEMOLOMBE, t. VII, n° 337 ; AUBRY et RAU, t. I. § 96, p. 616, note 4 ; LAURENT, t. IV, n° 467 ; HUC, t. III, p. 349.

CHAPITRE II

Contre qui le recours doit-il être dirigée ?

L'article 883 répond que la demande doit être formée contre les membres qui ont été d'avis de la délibération ; donc contre tous s'il y a unanimité d'avis.

Certains auteurs distinguent si la décision est attaquée pour vice de formes ou au fond ; ils prétendent que l'action en nullité doit être dirigée contre tous les membres, lorsqu'elle est fondée sur un vice de formes, et alors même que la délibération n'a pas été unanime ; parce que, disent ces auteurs, en délibérant dans des conditions irrégulières, ils ont tous commis une faute, même ceux qui n'ont pas voté la décision attaquée (1). Cette distinction ne doit pas être maintenue, le code de procédure ne distinguant pas. Du reste, attaquer une délibération pour vice de formes, n'est-ce pas demander qu'elle ne produise aucun effet au fond (2) ?

Faut-il suivre la voie tracée par l'article 883 quand le

(1) MM. MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIAE, t. I, p. 403.

(2) Pourquoi le législateur n'aurait-il pas décidé que la majorité nommerait un de ses membres pour défendre la délibération, de même que, d'après l'article 882 du code de procédure civile, la nomination du tuteur doit lui être notifiée à la diligence du membre de l'assemblée qui aura été désigné par elle ? Ce procédé aurait été beaucoup plus simple et moins dispendieux.

conseil de famille a prononcé l'exclusion ou la destitution du tuteur ?

La difficulté naît de l'article 448, alinéa 3 du code civil ainsi conçu : « Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, » en ce cas, assigner le subrogé-tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle ».

Voilà donc deux textes en présence, qui tracent des règles différentes ; lequel des deux régira la matière ?

Les auteurs sont très divisés.

M. TAULIER (t. I, n° 1178) enseigne que le code de procédure a abrogé l'article 448 du code civil, et que dès lors le tuteur doit former son recours contre les membres de l'assemblée qui ont été d'avis de la délibération.

M. PROUDHON est moins catégorique, et dans un esprit de conciliation, il admet que le tuteur peut à sa guise, soit diriger son action contre le subrogé-tuteur (art. 448), soit contre les membres de l'assemblée (art. 883 cod. de proc. civ.) (PROUDHON. t. II, p. 341).

Ces deux théories ne nous paraissent pas admissibles et nous croyons pouvoir décider que l'article 448 du code civil est le seul texte applicable en pareil cas.

Voici les arguments qui militent en notre faveur.

L'article 448 contient une disposition spéciale, et il est de principe que les lois générales ne dérogent jamais aux lois spéciales.

Une raison toute particulière justifie l'article dont il s'agit : le législateur a voulu que les parents appelés à délibérer sur la destitution du tuteur aient liberté pleine et entière de leur vote ; s'ils pouvaient craindre d'avoir à soutenir, dans la suite, un procès avec le tuteur dont ils ont

voté la destitution, ils n'auraient plus la même indépendance.

Enfin, le mode de procéder de l'article 448, ne mettant qu'un seul défendeur en scène, vaut mieux que celui de l'article 883 qui prescrit d'assigner tous les membres de la minorité, et dès lors tous les membres du conseil si la délibération est unanime ; c'est une raison de plus pour ne pas étendre cet article (1).

Nous verrons plus tard que la délibération par laquelle un conseil de famille refuse de conserver la tutelle de ses enfants mineurs à la mère qui annonce le projet de convoquer en secondes noces, peut faire l'objet d'un recours devant les tribunaux. Cela étant admis, lorsque la mère attaque une telle décision, doit-elle, en obéissant à l'article 448 du code civil assigner seulement le subrogé-tuteur, ou, par application de l'article 883 du code de procédure, sera-t-elle dans l'obligation de former son recours contre les membres de la majorité ?

Il y a des motifs de douter, et l'hésitation que l'on peut éprouver à trancher la question dans un sens ou dans l'autre, vient de l'analogie de situation qu'il y a entre le tuteur destitué et la mère à laquelle le conseil de famille ne conserve pas la tutelle. D'ailleurs, dans la pratique, on constate que parfois la mère dirige son action contre le subrogé-tuteur et contre les membres de l'assemblée (2).

(1) MM. DURANTON, t. III, n° 477 et 514. DUVERGIER sur TOULLIER, t. II, n° 1178, note b; ZACHARIAE, t. I, p. 119; DEMOLOMBE, t. VII, p. 344; MARCADÉ, t. II, art. 448, n° 1; AUBRY et RAU, t. I, p. 395 (4^{me} édition); GARÇONNET, t. VI, p. 226.

(2) Rouen, 27 juillet 1891, rapporté dans DALLOZ, Jur. Gén., Supp., *V^o Minorité*, n° 170.

M. Raoul BIVILLE, dans une note insérée au Dalloz, tranche ainsi cette difficulté. « Il nous paraît plus juridique de » s'en tenir à la règle générale écrite dans l'article 883 du » code de procédure civile ; la procédure plus simple de » l'article 448 du code civil est exceptionnelle, elle doit » être strictement limitée à la situation que cet article régle- » mente, la destitution d'un tuteur, sans pouvoir être » étendue à une autre situation qui n'est qu'analogue. » Comme le dit le tribunal de Rouen (1). il ne s'agit pas, » en pareille matière, d'une mesure qui ne puisse être » prise qu'autant que la mère ou son nouvel époux se » trouveront dans un des cas de destitution limitativement » prévus par la loi, il y a lieu seulement d'apprécier un » ensemble de circonstances desquelles résultera non la » destitution, mais uniquement une décision sur le point » de savoir si la tutelle sera ou non maintenue à l'exclu- » sion de toute expression injurieuse ou offensante, et » même aussi de toute question d'honneur et de dignité » personnelle. » Le procès se déroulera donc entre la mère et tous les membres de la majorité du conseil de famille. (Caen, 13 décembre 1897 : D. P. 98, 2, 505. — Note de M. Raoul Biville.)

Le juge de paix peut-il être mis en cause ?

On s'accorde unanimement pour décider que l'article 883 ne permet pas de diriger l'action contre le juge de paix. En somme, il est plus que membre du conseil, il est magistrat, il doit donc être poursuivi par la voie de la prise à partie. Il ne faudrait pas conclure de là que les

(1) Rouen, même arrêt.

délibérations du conseil de famille sont des jugements et que le tribunal de première instance connaît de leur recours comme juge d'appel. L'assemblée de parents remplit des fonctions de juridiction gracieuse, et le juge de paix, quand il la préside, bien qu'il procède en vertu de ses attributions de magistrat, ne fait pas acte de juge.

En définitif, le recours doit toujours être dirigé contre les membres qui ont voté la délibération adoptée, sauf dans le cas de l'article 448 du code civil où le tuteur n'a besoin d'assigner que le subrogé-tuteur.

CHAPITRE III

Des modes de recours contre les délibérations du conseil de famille

Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées soit en la forme, soit au fond ; cette distinction résulte de la nature même des choses. Les formes, il est vrai, ont un rapport étroit avec le fond, elles sont établies par la garantie du mineur ; si elles n'ont pas été observées, on peut présumer que les intérêts de l'incapable n'ont pas été sauvegardés, le mineur n'ayant pas joui de la protection que la loi a voulu lui assurer. Par contre, les formes peuvent avoir été observées, et pourtant le conseil s'être trompé et avoir pris une résolution contraire aux intérêts du pupille. Dans l'un et l'autre cas, il doit y avoir recours contre les délibérations du conseil de famille.

Mais le recours est régit par des principes différents selon que l'on attaque le fond ou la forme. S'agit-il de formes, il faut d'abord voir quelles sont celles qui ont été violées, et la nullité de la délibération dépendra de leur importance. S'il s'agit du fond, il n'y plus à distinguer : l'intérêt du mineur exige que toute délibération de l'assemblée puisse être attaquée ; c'est le principe posé par l'article 883 du code de procédure civile.

Nous étudierons d'abord le recours pour vice de formes, nous verrons ensuite le recours quand au fond.

SECTION I

DU RECOURS POUR VICE DE FORMES

Nos codes sont muets sur le point de savoir dans quels cas l'inobservation des règles relatives à la composition, au mode de convocation ou de délibération du conseil de famille, doit entraîner l'illégalité du conseil, et par suite la nullité de ses délibérations.

Cependant, d'un côté, on ne peut pas dire que la loi n'ayant prononcé aucune nullité spéciale, il n'y en aura jamais ; car des irrégularités peuvent être telles que l'existence même du conseil de famille s'en trouve affectée : par exemple si le juge de paix n'a pas été présent à la délibération, ou s'il n'a convoqué que des incapables.

D'un autre côté, en prenant la contre-partie de cette opinion, on ne peut davantage prétendre que l'on devra suivre strictement les règles les moins importantes de la loi, sous peine de voir le tribunal annuler toujours la délibération, même pour la plus légère infraction. En effet, il n'est pas raisonnable d'admettre, par exemple, que la nullité s'imposera parce qu'un parent du cinquième degré a été convoqué à la place d'un parent du quatrième degré dans la même ligne, quand tout a été régulier par ailleurs. A force de vouloir protéger le mineur, on arriverait à lui nuire, et les tiers, dans la perspective d'une nullité si facilement encourue, ne voudraient plus contracter avec le tuteur. Donc une pareille rigueur n'a pu entrer dans l'intention du législateur (1).

(1) DELVINCOURT admet cependant toujours la nullité de la délibération t. I. p. 108, note 3.

Dans le silence de la loi sur cette matière, il faut appliquer les principes généraux.

Nous distinguerons donc les actes absolument inexistants, nuls de droit, c'est-à-dire que les tribunaux doivent annuler sans tenir aucun compte des circonstances de la cause, et les actes simplement annulables, c'est-à-dire nuls d'une façon relative, et suivant les cas.

La difficulté est de préciser qu'elles sont les conditions substantielles de l'existence d'un conseil de famille, et dont l'absence rendra inexistantes les délibérations prises. Nous allons passer en revue les principales règles établies par le code, et nous verrons lesquelles semblent substantielles, lesquelles au contraire sont moins importantes.

1^o Des formes substantielles

Certaines conditions sont requises pour qu'il y ait un conseil et une délibération aux yeux de la loi. Quand une de ces conditions fait défaut, on applique les principes qui régissent les actes inexistants; il n'y a pas de conseil de famille, pas de délibération, et toute personne peut toujours se prévaloir de cette inexistence. Le tribunal, lorsqu'il appréciera, n'aura pas à rechercher si la délibération prise dans ces conditions est ou non contraire aux intérêts du mineur, il devra toujours prononcer la nullité.

Il nous reste à déterminer quelles sont les formalités substantielles.

D'abord, si le juge de paix n'avait pas présidé l'assemblée, il n'y aurait pas de conseil de famille. En effet, « il n'y a pas, dit M. Laurent (1), de corps délibérants sans

(1) T. IV, p. 59, n^o 472.

» président, c'est le président qui forme le lien juridique » de l'assemblée et qui en fait un corps ». Or, dans son article 428, le code civil donne exclusivement au juge de paix le droit de présider l'assemblée de parents ; donc en son absence, il ne peut y avoir de conseil et, par suite, de délibération ; ou bien, une décision prise dans ces conditions serait considérée comme inexistante.

La présidence du juge de paix ne suffit pas, il faut encore qu'il prenne une part active à la délibération. Il est l'âme même du conseil de famille, et s'il restait étranger à la décision, c'est comme s'il était absent. Dans un cas comme dans l'autre, il n'y aurait pas conseil. Il a été raisonnablement jugé (1) que la délibération est nulle quand le juge de paix n'y a pas pris part ; il faut entendre qu'elle est nulle, en ce sens qu'elle est inexistante, qu'elle ne peut produire aucun effet.

Il n'est pas exigé qu'il soit fait au procès-verbal mention expresse et spéciale que le juge de paix a pris part au vote de la décision. Sans doute le procès-verbal doit constater le fait, mais des termes très généraux peuvent suffire. Ainsi, s'il porte que le conseil a délibéré et voté, cette énonciation suffit car elle se rapporte au juge de paix comme aux autres membres de l'assemblée. De même, quand il y a unanimité, et que la présence du juge de paix est constante, il est prouvé par cela même qu'il a concouru à la délibération et au vote (2).

(1) Bordeaux, 21 juillet 1808 (DALLOZ, Jur. Gén., V^e Minorité, n^o 226).

(2) Voir sur cette matière :

Metz, 23 ventôse an XII, P. chr. Bordeaux, 21 juillet 1808, S. et P. chr. Metz, 6 août 1818 P. chr. Rennes 20 février 1823, P. chr. Caen

Il faut au moins six membres pour qu'il y ait un conseil de famille ; si le nombre des membres convoqués avait été inférieur à ce chiffre, il y aurait encore absence d'une condition essentielle et la délibération serait radicalement nulle : l'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point.

Il y aurait encore nullité radicale de la délibération si un membre convoqué par le juge de paix était dans un cas d'incapacité légale : le membre qui ne peut pas siéger ne compte pas, le nombre six fixé par la loi n'est donc pas atteint, par suite il ne peut y avoir de conseil. Les conditions de capacité sont rigoureusement exigées et le législateur a pris soin de déterminer les cas d'incapacité (art. 442 et suiv. du Code civ.).

Il en serait de même si le juge de paix n'avait pas convoqué *régulièrement* les membres de l'assemblée, c'est-à-dire s'il s'était contenté de les avertir oralement ou par simple lettre. Les membres ainsi appelés peuvent, à la vérité, assister à la délibération, mais s'ils n'y viennent pas, ils sont *légalement non convoqués*, ils ne peuvent être condamnés à l'amende en vertu de l'article 417 du code civil ; ils ne doivent donc pas compter.

Si le nombre des membres appelés avait été supérieur à six, nous déciderons de même, bien que ce cas soit plus douteux. Ce qui nous affermit dans notre opinion, c'est que le chiffre six est considéré comme essentiel ; il faut donc décider qu'il n'y a pas conseil toutes les fois que ce

nombre est dépassé ou n'est pas atteint (1). La jurisprudence est dans notre sens.

Nous avons déjà signalé que la question du domicile de la tutelle était très controversée ; ce serait un hors-d'œuvre d'exposer ici une théorie aussi compliquée. Quoiqu'il en soit une chose est certaine, c'est que le conseil de famille ne peut pas être formé partout, à n'importe quel domicile. Mais quel sera le sort d'une décision prise par un conseil de famille qui n'a pas été convoqué au domicile légal ?

On a prétendu que les délibérations prises par un tel conseil de famille sont radicalement nulles : cette assemblée doit être l'organe de la famille et de ses divers intérêts, il faut donc qu'elle soit formée à l'endroit fixé par la loi, au lieu où il est probable que l'on trouvera un nombre de parents suffisant pour une composition régulière. On ajoute que sans cela il n'y aurait plus aucune garantie. Les juges ne doivent donc pas avoir la liberté de maintenir ou d'annuler une délibération prise par un conseil incompetent, suivant les circonstances, en ayant égard à l'intérêt du mineur, car il existe en ce cas, une nullité substantielle ; dans cette hypothèse, la décision n'émane pas d'un conseil de famille, mais de personnes qui n'auraient aucune qualité pour se réunir.

Nous préférons décider, avec M. LAURENT (2), que la règle du domicile n'a rien d'absolu. C'est précisément parce que la formation du conseil au domicile de la tutelle

(1) Il faut évidemment excepter le cas où le conseil de famille se compose des frères germains du mineur et de maris des sœurs germaines ; le nombre six peut être alors dépassé (art. 408, Code civ.)

(2) T. IV, n° 474.

est une garantie pour le mineur qu'il faut décider, nous semble-t-il, qu'il y a seulement nullité et non inexistence. En effet, il se peut qu'au domicile de tutelle il n'y ait plus de parents ou d'amis ; qu'au contraire, au domicile du tuteur il se trouve des membres de la famille du mineur. Les intérêts de l'incapable, d'après l'esprit même de la loi, ne seraient-il pas mieux sauvegardés si l'on réunissait le conseil à ce dernier domicile, et ne serait-il pas contraire à ces intérêts de déclarer inexistante une assemblée composée réellement de parents et d'alliés ? (1).

Prononcer la nullité, dans ces conditions, serait parfois faire tourner au préjudice des mineurs des formes destinées à les protéger ; et la théorie de l'annulation sauvegarde mieux les intérêts du pupille que ne le ferait la doctrine de l'inexistence.

La disposition de l'article 415 *in fine* « la présence des » trois quarts au moins des membres convoqués sera » nécessaire pour qu'elle (l'assemblée) délibère » est-elle substantielle ?

Nous supposons que le conseil de famille est régulièrement formé, mais que les trois quarts des membres convoqués ne se présentent pas : sur six il n'en vient que quatre. Y a-t-il conseil ? Non, car dans tout corps délibérant, il faut le nombre de membres requis par la loi, pour qu'il puisse valablement fonctionner ; sans quoi, la délibération serait viciée dans son essence même et ne pourrait produire aucun effet.

De même, il est absolument essentiel que la décision,

(1) Nancy, 28 juillet 1865 ; D. P. 66, 5, 477.

pour être valable, soit prise à la majorité absolue des suffrages, nous avons exposé tout au long cette question dans notre première partie (1).

En résumé, toutes les formes que nous venons d'énumérer peuvent être regardées comme substantielles. Si l'une d'elles vient à faire défaut, la délibération sera considérée comme inexistante et toute personne pourra l'attaquer comme telle.

2° Des formes non-substantielles

Les formes autres que celles passées en revue dans le paragraphe précédent ne sont pas substantielles. Que faut-il décider si l'une d'entre elles n'a pas été observée ?

Le code civil est aussi muet sur ce point que sur l'autre ; il nous faut donc, pour donner une solution admissible, revenir encore aux principes généraux de notre droit.

En règle générale, il y a nullité virtuelle quand, à raison d'une forme prescrite par la loi, la volonté tacite du législateur est que la violation de la loi soit sanctionnée par la nullité (2). Ce principe étant général, il doit être appliqué aux délibérations du conseil de famille. Cependant il subit une modification dans le cas qui nous occupe. En général, dit M. LAURENT, *loco citato*, « c'est à raison de la nature » d'une disposition légale que l'interprète décide si son » inobservation doit ou ne doit pas entraîner la nullité. Il » n'en est pas de même des règles que le code prescrit » pour la composition du conseil de famille. On ne peut

(1) Voir page 22 et suivantes.

(2) M. LAURENT, t. I, p. 80, n° 45.

» pas décider *a priori* que telles de ces règles ont une
» importance plus grande que les autres ; toutes ne sont
» qu'un moyen pour atteindre le but que le législateur a
» en vue. Ce but évident, c'est l'intérêt du mineur ».

Nous devons donc conclure que c'est l'intérêt de l'incapable qui décidera si telle délibération doit ou ne doit pas être annulée à raison d'une irrégularité de forme, quand cette forme n'est pas substantielle.

Les auteurs admettent généralement ce système. Il en est de même de la jurisprudence (1).

La Cour de Cassation, dans un arrêt de rejet du 1^{er} avril 1856, fort important sur la matière, a décidé « que
» les règles tracées par les articles 407 et 409 ne sont pas
» prescrites à peine de nullité, qu'il appartient aux tribunaux de rechercher et d'apprécier les circonstances qui
» ont pu être la cause de la déviation de ces règles dans la
» composition du conseil de famille, et que, s'ils reconnaissent que la personne qu'il y avait lieu de pourvoir
» d'un tuteur a trouvé dans ce conseil la garantie que
» la loi avait voulu lui assurer, ils doivent maintenir
» sa composition et la délibération qu'il a prise ». On peut ajouter, comme l'a fait plus récemment la Cour de cassation elle-même, dans un arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 20 janvier 1875, qu'il en sera ainsi lorsque

(1) MARCADÉ, t. II, p. 207, art. 410, n° IV. A. M. DEMANTE, t. II, n° 165 ; LAURENT, t. IV, p. 597 ; DEMOLOMBE, t. VII, n° 332. AUBRY et RAU, t. I, p. 620, § 96, note 21.

Cour de Cassation, 1^{er} avril 1856 ; D. P. 56, 1, 291. Bastia, 3 mars 1858. SIREY, 58, 2, 241. Req. 19 juillet 1858. SIREY, 58, 1, 785. Cassation, 20 janvier 1875. *Journal du Palais*, 1875, p. 524, etc.

les irrégularités sont « exemptes de tout soupçon de dol ou » de connivence » (1). S'il y a eu dol ou fraude, si par exemple on a écarté à dessein du conseil de famille des parents qui auraient dû y être appelés, la lésion résulte de ce simple fait pour le mineur qui n'a pas joui de toutes les garanties légales, et il faudrait prononcer la nullité d'une telle délibération. Cependant il ne faut pas exagérer la portée de ce principe, et dire avec la Cour d'Orléans (2) que la délibération est nulle par ce motif que le fraude vicie tous les actes juridiques où elle intervient, et qu'elle est par elle seule une cause de nullité. Cette conséquence nous semble trop absolue et il est un cas au moins où la délibération ne devra pas être annulée : c'est celui où l'annulation même préjudicierait davantage aux intérêts du mineur que son maintien pur et simple.

En tous cas, l'intérêt du mineur d'une part, le dol ou la fraude de l'autre, sont deux éléments fort importants dont les tribunaux auront à tenir compte pour rendre leur décision.

Il n'est pas sans intérêt de passer en revue les principales formalités que nous considérons comme non substantielles, plusieurs auteurs ayant refusé ce caractère à certaines d'entre elles.

(1) Voir à ce sujet deux arrêts de la Cour de Lyon : l'un du 13 mars 1845 : D. P. 46, 2, 486 ; et l'autre du 14 juillet 1853 : D. P. 54, 2, 35, qui annulent une délibération parce que le mari d'une sœur germaine n'avait pas été appelé, dans la prévision que son avis serait contraire à la délibération que l'on se proposait de prendre.

(2) Orléans, 14 novembre 1850 : D. P., 51, 2, 72.

Nous avons vu que la violation des règles concernant le lieu où doit être réuni le conseil de famille ne doit pas entraîner l'inexistence de la délibération prise par cette assemblée, malgré les incertitudes de la jurisprudence. Nous ne reviendrons pas sur ce sujet.

Supposons que la formation de la liste des membres qui doivent composer le conseil de famille est régulière ; tous les parents qui doivent être appelés à l'assemblée y sont bien inscrits, le juge de paix lance les convocations par exploits d'huissier, mais il n'observe pas, pour la date de la réunion, le délai des distances prescrit par l'article 411 du code civil. Y aura-t-il dans ce cas violation d'une forme substantielle et, par suite, nullité de droit ?

En présence de l'irrégularité d'une pareille citation, on serait tenté de suivre le même raisonnement que pour l'hypothèse dans laquelle la convocation aurait été faite oralement ou à l'amiable, et de décider que les membres ainsi appelés ne sont pas en réalité convoqués, que le nombre n'étant plus *six* il n'y aurait pas de conseil de famille (1). Ainsi s'est prononcée la Cour de Caen, dans un arrêt du 30 août 1847 (D. P. 48, 2, 179). Cependant nous ne pouvons admettre cette subtilité de raisonnement. Si le membre convoqué irrégulièrement a reçu la citation, il est en réalité convoqué, et il peut se présenter à l'assemblée ; or, dès que six membres convoqués ont le droit de siéger, on peut affirmer qu'il y a conseil s'il s'en présente les trois quarts. D'ailleurs la cour de Caen, en attachant la peine de nullité à la seule inobservation du délai des distances

(1) Voir page 117.

établi par l'article 411 du code civil, sans rechercher si la délibération, prise en l'absence du membre régulièrement convoqué, était ou non de nature à préjudicier aux intérêts du mineur, s'est écartée de la jurisprudence habituelle.

Pour le cas où la convocation a été faite à l'amiable, il y a lieu de distinguer. Si tous les membres sont présents à l'assemblée, peu importe comment ils ont été convoqués, la délibération sera valable ; si au contraire un membre vient à faire défaut, la décision ne pourra plus être valablement prise (1).

L'article 407 du code civil veut que le juge de paix, en choisissant les parents qui formeront le conseil, suive l'ordre de proximité de degré. S'il a préféré un parent plus éloigné à un parent plus proche, y aura-t-il nullité de droit ?

Non, car il ne s'agit pas ici d'une condition essentielle à l'existence du conseil : cette prescription du législateur est évidemment basée sur une présomption d'affection, mais il peut arriver en fait, que des parents plus éloignés peuvent présenter autant et quelquefois plus de garanties que des parents plus rapprochés. Ce serait singulièrement sauvegarder les intérêts de l'incapable, que de préférer toujours et quand même ses parents les moins dignes aux plus honnêtes, pour cette seule raison qu'ils sont d'une parenté plus étroite avec lui. D'ailleurs, le juge de paix peut ignorer l'existence de ces derniers, et souvent la subs-

(1) Voir cette théorie expliquée page 14 et suivante.

titution d'un membre à un autre pourra passer pour une erreur excusable : *error communis facit jus* (1).

Il faut donc tenir compte des circonstances et décider que les tribunaux ont, en ce cas, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

La jurisprudence inclinait d'abord à se prononcer d'une manière absolue, soit pour la nullité des délibérations du conseil de famille prises dans cette hypothèse, soit pour leur validité (voir notamment pour la validité, Bruxelles, 15 mars 1806, Sirey, 1807, 2, 866, et pour la nullité, Rouen, 7 avril 1827, Sirey, 27, 2, 196). Mais aujourd'hui, elle adopte généralement notre système et la cour de cassation maintient les arrêts qui décident que la délibération, bien qu'émanée d'un conseil irrégulièrement formé, n'a causé aucun préjudice au mineur. (Voir notamment : arrêt du 30 avril 1834, Dal., Jur. Gén., V^o Minorité, n^o 175, 3^o ; Paris, 13 octobre 1836 : Dal., *ibidem*, n^o 175, 6^o ; Rouen, 30 mars 1844, Dal., *ibidem*, n^o 322, 2^o.)

L'article 409 du code civil prescrit encore que les membres du conseil de famille soient divisés en deux fractions égales, l'une représentant la ligne paternelle, l'autre la ligne maternelle. Y a-t-il conseil si le juge de paix, violant cette prescription, prend quatre parents paternels et deux maternels ?

La cour de Liège, dans un arrêt du 4 janvier 1811 (2), a jugé que le conseil ainsi composé était vicié dans son

(1) M. DEMANTE, t. II, p. 243.

(2) DALLOZ, Jur. Gén. V^o Minorité, n^o 171.

essence, à cause de la violation de l'article 407, que donc toutes ses délibérations seront nulles de droit.

Mais nous croyons, avec M. Laurent (1), qu'il faut également, dans cette hypothèse, se reporter à l'intention du législateur. La loi n'a voulu autre chose si ce n'est, en établissant la balance égale entre les deux lignes, sauvegarder les intérêts du mineur. Or, précisément, bien qu'en fait cette balance n'existe pas, les intérêts de l'incapable peuvent n'avoir été compromis en aucune façon : il peut n'y avoir pas opposition d'intérêts entre les deux lignes, les avis peuvent avoir été unanimes, la décision peut être fort sage. De plus, la disposition de l'article 407 ne peut être regardée comme essentielle, puisque, dans le cas où il n'y a aucun parent du mineur (ce qui arrivera continuellement pour les enfants naturels), le code appelle lui-même les amis au lieu de parents, et que pour les amis il ne saurait être question de ligne, à proprement parler, bien que l'on prenne autant que possible trois amis du père et trois de la mère.

L'article 408 du code civil veut que les frères germains et les maris des sœurs germaines soient tous appelés au conseil. Nous ne croyons pas devoir considérer cette condition comme essentielle à l'existence du conseil de famille et il faut appliquer ici ce que nous venons de dire pour l'article 407. Si donc le juge de paix avait omis d'appeler à l'assemblée le mari d'une sœur germaine, il n'y aurait pas lieu d'annuler, par ce seul fait, la délibération qu'il aurait prise régulièrement par ailleurs. Nous trouvons sur la

(1) T. IV, n° 482, p. 600.

matière un arrêt de la cour de Lyon (1) qui déclare inexistant un conseil composé dans ces conditions ; mais l'arrêt fait remarquer que c'est à dessein que l'on n'avait pas convoqué le mari de la sœur germaine, parce que l'on avait lieu de croire que son avis serait contraire à la délibération que les frères germains allaient prendre ; il y avait donc là une espèce de fraude, ce qui suffisait pour vicier la délibération.

Quid si le juge de paix a appelé au conseil un allié de préférence à un parent du même degré, en violation de l'article 407 du code civil qui veut que le parent soit préféré à l'allié ?

Il faut décider que, si l'intérêt du mineur n'a pas été lésé, la délibération ne sera pas nulle. Cette condition n'est pas de l'essence même du conseil de famille : l'allié a qualité pour siéger à l'assemblée, il peut même convenir mieux que le parent du même degré.

Que décider si le juge de paix avait convoqué un ami au lieu d'un parent ?

La violation est plus grave, aussi la cour de Chambéry, dans un arrêt du 13 janvier 1819 (2), décide qu'il y a là un vice radical : car, dit-elle « ce serait autoriser les tribunaux, en admettant le contraire, à méconnaître les conditions de capacité des personnes appelées à siéger ». Cependant nous admettons le système contraire et nous répondons que les amis sont capables d'être membres du conseil de famille, il n'y a là qu'une question de rang. Ce

(1) Lyon, 13 mars 1845, D. P. 46, 2, 186.

(2) *Journal du Palais*, 1819, p. 590.

qui nous semble décisif, c'est que la loi permet elle-même au juge de paix de prendre des amis sur les lieux, bien qu'il y ait des parents au delà de la distance de deux myriamètres. En outre, il serait possible que le juge de paix ignorât l'existence des parents omis, ou bien que ceux-ci n'aient pu faire partie du conseil de famille, étant intéressés à la délibération. Il n'y a donc qu'annulabilité si l'on s'écarte sur ce point des règles de la loi.

La cour de cassation a rendu plusieurs arrêts en notre sens : 3 avril 1838 : D. P. 38, 1, 63 ; 3 mars 1856 : D. P. 56, 1, 291 ; 4 novembre 1874 : D. P. 75, 1, 214 ; 20 janvier 1875 : *Journal du Palais*, 1875, 521.

L'application de l'article 409 a donné lieu à une difficulté très sérieuse. D'après ce texte, les amis ne peuvent faire partie du conseil de famille que sous les deux conditions suivantes : il faut qu'ils aient eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur et qu'ils soient pris dans la commune où s'ouvre la tutelle.

Devons-nous voir là une disposition substantielle, en ce sens qu'en dehors de l'une de ces conditions il n'y a plus d'amis ?

La question est controversée.

Etudions d'abord l'obligation imposée au juge de paix de choisir, dans la commune même, les amis appelés à remplacer les parents dans un conseil de famille.

On peut soutenir que la loi a limité le cercle dans lequel le juge de paix doit choisir les membres du conseil, et que des personnes étrangères à la famille, ne jouissant pas personnellement du droit de faire partie de cette assemblée, ne peuvent prendre part à ses délibérations qu'à la condi-

tion d'être choisies dans les termes et les limites mêmes de la loi, c'est-à-dire, dans la commune où s'est ouverte la tutelle. Néanmoins, on peut hésiter à voir là une formalité substantielle. En indiquant la commune comme le point où le juge de paix doit rechercher les amis de la famille, le législateur ne s'est préoccupé que du soin d'éviter des lenteurs et des frais : il n'a pas voulu imposer à des étrangers des voyages ou des déplacements coûteux ; il a justement pensé que le magistrat rencontrerait plus facilement, dans la commune, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec la famille du mineur, et par conséquent, plus facilement disposés à siéger au conseil. Mais ce n'est là qu'une indication, l'expression d'un désir. Serait-il raisonnable de considérer, pour justifier l'annulation de la délibération, le conseil comme n'existant pas par cela seul qu'un ami, domicilié à quelques pas de la commune, mais hors de ses limites, a pris part à ses délibérations ? Assurément non, et il n'y aurait nullité dans ce cas, que si l'irrégularité lésait l'intérêt du mineur ou si elle était l'effet d'un dol. « Quoi, s'écrie » M. Laurent, il y a une personne qui habite la campagne, » c'était l'ami de cœur du père défunt ; personne ne s'inté- » resse plus aux orphelins que lui ; et on défendra au juge » de paix de l'appeler au conseil. Pour le coup, Pascal » aurait raison de se moquer de nos lois et de notre jus- » tice : ami en deçà de deux myriamètres, indifférent au » delà ! »

La jurisprudence ne nous semble pas encore bien fixée sur ce point et nous rencontrons dans les recueils des arrêts dans les deux sens (Voir notamment : dans le sens

de la nullité radicale : Cass. ch. civile, 19 août 1850 : D. P. 50. 1. 281 ; Cour d'appel de Chambéry, 13 janvier 1879 : D. P. 80. 2. 9. Voir en notre sens : Limoges, 17 juin 1889 : D. P. 90. 2. 326, etc...) (1).

La question est plus délicate pour l'autre condition exigée par la loi. On suppose que les personnes, que le juge de paix appelle à titre d'amis, n'ont pas eu des relations habituelles d'amitié avec le défunt. Leur présence viciera-t-elle la composition du conseil de famille au point de rendre radicalement nulle la délibération prise ?

L'article 409 du code civil prescrit, à la vérité, qu'à défaut de parents ou alliés, le juge de paix appelle des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur ; mais le législateur dispose ainsi pour les cas ordinaires, et il n'a pu entrer dans sa pensée de demander l'impossible. Si donc il n'existe pas dans la commune, ce qui arrivera souvent, des personnes remplissant les conditions dont il s'agit, le juge de paix peut certainement en appeler d'autres. En définitive nous restons sous l'empire du principe général, pas de nullité, à moins que l'intérêt du mineur ne le demande.

La jurisprudence est également hésitante sur ce point (Voir en sens divers : Douai, 4 juillet 1855 : D. P. 56. 2. 47 ; Nîmes, 19 juillet 1858, arrêt de cass. (dans le sens de la validité de la délibération) D. P. 59. 1. 13 ; Bordeaux, 17 janvier 1860 : D. P. 60. 2. 96).

En résumé, de toutes ces solutions d'espèces, se dégage nettement le principe suivant qui peut servir de règle aux

(1) LAURENT, t. IV, n° 486.

magistrats lorsqu'ils auront à se prononcer sur le sort d'une délibération prise en violation de la loi :

Les tribunaux devront statuer selon la gravité des circonstances et surtout d'après l'intérêt du mineur ; lorsque la violation des formes prescrites par la loi porte sur un point tellement grave qu'il serait vrai de dire qu'il n'y a point de conseil de famille, lorsque cette violation peut causer un préjudice au mineur, leur pouvoir discrétionnaire cesse, ils ont le devoir de prononcer la nullité.

On peut donc distinguer entre les irrégularités substantielles qui entraînent l'annulation de la délibération et celles qui ne le sont pas. Pour les premières, il n'y a pas besoin de rechercher si l'intérêt du mineur peut en souffrir : la nullité est une conséquence nécessaire de la contravention commise. Pour les secondes, au contraire, les tribunaux ont une liberté absolue d'appréciation : la seule condition est que le mineur n'éprouve aucun préjudice.

Cette distinction n'est pas encore pleinement admise par la jurisprudence. Nous avons vu, dans cette étude, que tantôt elle se prononce dans un sens, tantôt dans un autre ; cependant, elle tend de plus en plus à juger selon notre opinion.

SÉCTION II

DU RECOURS AU FOND

Le recours est possible quant au fond, c'est-à-dire lorsque l'on prétend que les délibérations du conseil de famille sont contraires aux intérêts du mineur, bien qu'elles aient été régulièrement prises en la forme, par une assemblée compétente.

Nous avons vu qu'il fallait interpréter l'article 883 du code de procédure de la façon la plus large possible, et nous avons montré qu'en réalité l'intention du législateur avait été d'autoriser le recours aussi bien contre les délibérations unanimes que contre celles qui n'ont obtenu que la majorité, aussi bien contre les décisions soumises à l'homologation que contre celles qui sont exécutoires par elles-mêmes.

Nous avons à nous demander à l'heure actuelle, s'il n'y a pas cependant des délibérations qui, de par leur nature même, ne sont pas susceptibles d'être attaquées devant les tribunaux.

En ce qui concerne les décisions qui ont pour objet l'administration des biens du mineur, il n'y a aucune difficulté ; la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que le recours est toujours possible contre elles, lorsque l'on prétend qu'elles sont contraires aux intérêts du mineur (1).

Mais où la difficulté commence à naître, c'est en ce qui concerne les délibérations du conseil de famille pour lesquelles le conseil exerce, *comme substitué au père*, un pouvoir domestique : telles sont les délibérations par lesquelles l'assemblée accorde ou refuse au mineur son émancipation ou l'autorisation de se marier, celles réglant ses intérêts moraux ou religieux ; ou bien encore les délibérations par lesquelles le conseil de famille exerce les attributions qui lui sont confiées pour la constitution de la tutelle, comme celles nommant un subrogé-tuteur ou un

(1) Cass. 8 nov. 1893. Pand. franc. per. 94, 1, 510, note et renvois.

tuteur, celles encore refusant de conserver à la mère qui annonce le projet de convoler en secondes noces la tutelle de ses enfants mineurs.

Examinons séparément chacun de ces cas et voyons s'ils font ou non exception à la règle générale du recours.

1^o Délibération qui accorde ou refuse au mineur l'autorisation de contracter mariage

Plusieurs auteurs, parmi lesquels MM. AUBRY et RAU (t. I, § 96, p. 618) soutiennent qu'une telle délibération n'est pas susceptible de recours : le conseil de famille remplace ici le père défunt dans ses pouvoirs, si ce dernier avait refusé ou accordé son consentement au mariage, il l'aurait fait souverainement. Donc, le conseil doit pouvoir également agir avec la même autorité, dans une pareille circonstance.

Cette opinion ne nous semble pas bien fondée et un arrêt fort bien motivé de la Cour de Bruxelles (1) répond victorieusement à son argumentation. En droit on peut dire : l'article 883 du code de procédure civile établit qu'en règle générale les tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée ont le droit de se pourvoir contre les résolutions du conseil de famille ; le code de procédure civile ayant été publié postérieurement au code civil, il s'ensuit que ses dispositions sont applicables au code civil, à moins qu'il n'y ait contrariété entre les dispositions de ces codes. Or, d'un côté le texte de l'article 160 du code civil, relatif au cas où des fils ou filles mineurs de 21 ans, n'ayant ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, en état de

(1) Bruxelles, 3 février 1827, rapporté, *Jur. gén. V^o Minorité*, n^o 250, 2^o.

manifestent leur volonté, ont l'intention de contracter mariage, ne renferme absolument rien de contraire au principe général établi par l'article 883 du code de procédure civile ; d'un autre côté, en ce qui concerne l'intention du législateur, il n'est point à supposer qu'en établissant les dispositions de l'article 883, il n'ait pas songé à ce qui était prescrit par l'article 160 du code civil, et que, s'il n'avait point voulu que la règle générale de l'article 883 opérât dans le cas de l'article 160, il eût omis de le mentionner expressément et de faire à cet égard une exception à ce principe. Il faut donc conclure que les délibérations relatives au mariage des mineurs sont susceptibles de recours.

D'ailleurs le droit se trouve absolument d'accord avec la raison. En effet les motifs qui font considérer comme suffisant le simple refus de la part du père au mariage de son enfant, ne sont point applicables aux membres de l'assemblée : l'avis du père est présumé fondé sur la tendresse pure, désintéressée et éclairée par la connaissance du caractère et des besoins de l'enfant ; tandis que les opinions émises par les membres du conseil de famille, à cause des relations moins étroites de ces derniers avec le mineur, peuvent être soupçonnées d'avoir été émises soit par erreur, soit pour d'autres motifs moins purs. Le législateur lui-même n'a pas autant confiance dans le conseil que dans le père puisqu'il ne lui accorde pas la même autorité en cette manière : à vingt et un ans le fils de famille peut se marier sans le consentement de l'assemblée, tandis qu'il lui faut encore le consentement de son père.

La jurisprudence est en ce sens : voir l'arrêt de la Cour de Bruxelles précité. (M. LAURENT, t. IV, n° 470.)

2° Lorsque le conseil admet ou rejette l'émancipation, y a-t-il lieu à recours ?

Oui et pour les mêmes raisons que ci-dessus.

Pas plus que dans l'autre cas, il y a analogie entre le conseil et le père : d'un côté, la puissance de celui-ci est plus grande, puisqu'il peut émanciper son fils à quinze ans, tandis que le conseil ne le peut que si le mineur a atteint dix-huit ans ; d'un autre côté, le père agit dans la plénitude de sa puissance, tandis que le conseil ne peut prononcer lui-même l'émancipation, il donne simplement son avis et le juge de paix décide. Il faut donc que, dans l'intérêt du mineur, cet avis puisse être combattu (1).

3° Les délibérations nommant un tuteur, un subrogé-tuteur ou un curateur peuvent-elles, comme les autres, faire l'objet d'un recours ?

Cette question a soulevé les plus vives controverses et la jurisprudence n'est pas encore, semble-t-il, bien fixée sur ce point.

Un premier système, énergiquement défendu par M. DEMOLOMBE, soutient que l'intervention du tribunal n'est pas possible.

M. DEMOLOMBE (2) met tout d'abord de côté le cas où l'on invoquerait, contre le tuteur nommé, une cause légale d'incapacité : le recours serait recevable, de son propre aveu.

(1) Toulouse, 22 février 1854 : D. P. 56, 2, 239. En sens contraire : MM. AUBRY et RAU, t. I, § 96, p. 618.

(2) M. DEMOLOMBE, t. VII, n° 355, p. 204.

Mais c'est le seul cas. Pour le démontrer, il invoque les arguments suivants :

C'est au conseil de famille lui-même que la loi confère le droit de nommer, dans certains cas, le tuteur ; ce doit lui être propre, de même que le droit de nommer un tuteur testamentaire est propre au dernier mourant des père et mère. Or, la nomination faite par le dernier mourant des père et mère ne pourrait pas être déférée à la révision du tribunal, pourquoi en serait-il autrement de la nomination du tuteur faite par le conseil de famille qui exerce la même attribution ?

D'ailleurs, prétend M. DEMOLOMBE, le système contraire aboutit à des impossibilités : lorsqu'il s'agit d'une délibération relative au *matériel* de la tutelle, le tribunal peut réformer cette délibération et décider lui-même ce qui devra être fait dans l'intérêt du mineur ; mais ceux qui soutiennent que les délibérations relatives au *personnel*, peuvent aussi être attaquées, ne devront pas prétendre que les magistrats pourront, en réformant la délibération qui nomme un tuteur, en nommer un autre à sa place : le tribunal n'a pas ce droit. En pareille occurrence, les magistrats ne pourront qu'annuler la délibération et renvoyer la nomination à l'assemblée. Mais que fera-t-on si elle persiste dans sa résolution ? Il faut donc convenir que l'article 883 n'est pas applicable dans notre cas, et reconnaître que ce droit de nomination appartient exclusivement au conseil de famille.

Puis M. DEMOLOMBE prévoit une objection : le tuteur nommé par le conseil de famille peut être incapable et on serait obligé de respecter ce choix déplorable ! Objection

sans importance, dit-il, car la tutelle légitime peut fort bien échoir à un parent peu recommandable que l'on sera pourtant obligé de conserver.

Enfin, il répond à une critique basée sur ce que le conseil de famille pourrait nommer un parent éloigné ou un étranger, pour exonérer ses membres de la tutelle. « Notez » bien, dit-il, que ce n'est plus alors de l'intérêt du » mineur qu'il s'agit, c'est seulement de l'intérêt du tiers » qui a été nommé tuteur. Eh bien ! ce tiers, après tout, » n'a pas d'excuse légale : s'il avait été nommé tuteur par » le dernier mourant des père et mère, il aurait été forcé » d'accepter (art. 401 et 432 du cod. civ.), or, le conseil a, » sous ce rapport, le même droit de nomination que le der- » nier mourant des père et mère. Et puis, où vous arrête- » rez-vous dans cette voie ? Le tiers se plaint de ce qu'il a » été nommé tuteur, tandis qu'il y a des parents plus pro- » ches que lui, mais la loi ne dit pas que c'est le parent ou » l'allié le plus proche qui doit être nommé tuteur (1) ».

Malgré ce luxe d'arguments, nous ne croyons pas devoir accepter ce système.

D'abord, la distinction entre le *matériel* et le *personnel* de la tutelle, sur laquelle repose la théorie de M. Demolombe, ne résulte d'aucun texte, comme le fait remarquer fort à propos M. Huc (t. III, n° 321, p. 321).

(1) Voyez en ce sens : Lyon, 15 février 1812 : D. A. 12, 712. Cassation, 17 novembre 1813, D. A. 12, 722. Grenoble, 18 janvier 1854 : D. P. 56, 2, 55. Montpellier, 13 juin 1866 : S. 67, 2, 114. Montpellier, 9 juillet 1869 : D. P. 70, 2, 180. Tribunal de Bourges, 7 janvier 1886, Pand. Fr. Pér. 86, 2, 48. Angers, 10 novembre 1875, Ann. Just. Paix 1876, P. 170. Paris, 19 novembre 1887, Pand. Fr. Pér. 89, 2, 100. DURANTON, t. III, n° 477. TAULIER, t. II, p. 37. AUBRY et RAU, t. I, § 96, p. 617-618.

Ensuite, l'assimilation entre la tutelle dative et la tutelle testamentaire nous paraît erronée. Nous comprenons fort bien que le tribunal ne puisse pas intervenir quand la tutelle est déférée par le père ou la mère : la loi estime avec raison que dans ce cas, le choix sera éclairé, réfléchi et soigneux ; mais cette même supposition ne peut plus être faite lorsqu'il appartient au conseil de famille de nommer le tuteur, car les membres qui le composent peuvent être indifférents au mineur, en tout cas, ils seront moins affectionnés que le père ou la mère. Il est donc naturel que le tribunal ait un pouvoir de contrôle dans ce dernier cas.

Quant à l'argument consistant à dire que le tribunal ne peut intervenir parce que la loi confie la nomination du tuteur au conseil de famille seul, c'est une pure pétition de principe : là, en effet, est la question (Huc, *loco citato*).

Pour s'excuser de maintenir, sans recours possible, la nomination d'un tuteur « peu recommandable » M. Demolombe renouvelle l'assimilation entre la tutelle dative et testamentaire. Mais nous ne voyons pas une raison suffisante, parce que le père peut faire un mauvais choix, pour décider que le conseil de famille ait le droit aussi d'en faire un détestable. Si la loi tolère ce droit aux parents, c'est par respect pour l'autorité paternelle, ce motif n'existe pas pour le conseil de famille.

De plus M. Demolombe ne répond pas d'une façon satisfaisante à l'objection tirée de la possibilité, pour le conseil ne craignant pas de voir annuler son choix, de nommer un parent éloigné ou un étranger, afin d'exonérer ses membres des charges de la tutelle. Sans doute la loi ne dit pas que les plus proches parents doivent toujours être élus tuteurs,

mais tout son système repose sur l'idée que la personne la plus apte sera choisie pour cette fonction. Il est alors naturel de supposer que des proches parents apporteront plus de soins et de bonne volonté à la gestion des intérêts du mineur, que des parents plus éloignés ou des étrangers. Si donc le conseil de famille, pour des motifs intéressés, déroge à ce principe et nomme un tuteur incapable, malhonnête, ou indifférent au pupille, il faut que le tribunal puisse annuler un tel choix, car quoiqu'en dise M. Demolombe, l'intérêt essentiel en jeu est celui du mineur et non celui du tuteur élu.

Enfin, de ce que le tiers nommé par le survivant des père et mère est forcé d'accepter la fonction, il ne s'ensuit pas que le tuteur choisi par le conseil de famille soit dans cette situation : la loi n'assimile nullement ces deux modes de nomination.

Telles sont les principales critiques que l'on peut formuler contre la théorie de M. Demolombe. Ce faisant nous avons, par le fait même, justifié le système opposé qui nous paraît bien préférable, et dont voici l'exposé :

Le recours créé par l'article 883 du code de procédure civile est une disposition générale, applicable sans aucune exception à toutes les délibérations du conseil de famille. Le rapport des Commissaires du Gouvernement (MM. Barbier et Moricault) au corps législatif, qualifie l'article 883 de « complément du code civil », et dit qu'il établit, dans l'intérêt des mineurs, une surveillance combinée du conseil de famille et de la justice, pour tous les cas, même lorsqu'il s'agit de la nomination du tuteur. Depuis la promulgation du code civil, la pratique avait, en effet, révélé

certains inconvénients dont cette disposition a eu pour but d'obvier, en créant le recours.

D'ailleurs, les motifs qui ont fait admettre le recours contre les délibérations ordinaires existent ici *a fortiori* : en effet, si l'irrégularité et la fraude sont à redouter quand il s'agit d'actes ordinaires, à plus forte raison seraient-elles graves lorsqu'elles se produiraient dans les délibérations qui ont pour but l'organisation de la tutelle.

Le reproche que fait M. DEMOLOMBE à notre système, d'aboutir à une impossibilité matérielle, n'est pas fondé. Assurément le tribunal saisi devra se borner à déclarer nulle la nomination du tuteur faite par le conseil de famille, mais ce dernier, réuni à nouveau, ou persistera dans sa nomination, ou choisira un autre tuteur. S'il persiste, le tribunal annulera derechef la délibération, et cette fois, l'on renverra l'affaire devant un conseil composé de nouveaux membres (1).

4^e Les délibérations qui conservent ou retirent la tutelle de ses enfants mineurs, à la mère qui annonce le projet de convoler en secondes noces, peuvent-elles faire l'objet d'un recours devant les tribunaux ?

Il y a quelques années le tribunal de Rouen (2) a rendu un jugement, dans le sens de la négative, assez ingénieu-

(1) Cass. 13 oct. 1807, D. A. 9, 547 ; 1^{er} février 1824, D. P. 25, 1, 408 ; Nancy, 3 avril 1857 ; SIREY, 57, 2, 362 ; Agen, 24 décembre 1860, SIREY, 61, 2, 482 ; Rouen 25 novembre 1868, D. P. 69, 2, 76 ; DELVINCOURT : L. I, p. 408, note 3 ; LAURENT, t. IV, n^o 470 ; HUC, t. II, n^o 231.

(2) Trib. de Rouen 2 juin 1891. Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour de Rouen, le 27 juillet suivant, rapporté dans DALLOZ, Jur. Gén. Supp. V^e, *minorité*, n^o 470.

sement motivé. Cette décision est basée sur la stricte interprétation de l'article 395 du code civil ainsi conçu : « si la » mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de » mariage, convoquer le conseil de famille qui *décidera* si » la tutelle doit lui être conservée. A défaut, etc,... » A s'en tenir à ce texte, il est certain que le conseil de famille est seul et sans contrôle investi du droit de statuer si la tutelle sera maintenue à la mère qui veut se remarier. On pourrait même dire que si le législateur n'a pas soumis cette décision de l'assemblée à l'homologation du tribunal, c'est afin que rien ne soit abandonné à l'arbitrage du juge. Le tribunal de Rouen ajoute « que cette interprétation n'est pas » seulement en harmonie avec la défaveur que la loi » attache aux secondes noces, mais qu'elle est également » conforme au caractère de la mission légale du conseil de » famille qui, en pareille occurrence, a à rechercher directement si le mariage de la mère est favorable au mineur » et si le futur est honnête, solvable, et bon administrateur, » toutes questions délicates, d'une nature confidentielle, » dont le conseil est le seul et meilleur juge, et pour l'examen desquelles il importe, même dans l'intérêt de la » famille et de l'indépendance du vote, que les membres » qui composent le conseil ne soient pas tenus de donner » des motifs; qu'aussi bien l'article 395 du code civil, contrairement aux dispositions de l'article 447 n'exige pas » que la décision soit motivée, ni que le tuteur n'ait été » préalablement entendu; que cette omnipotence du conseil » de famille, si grave quelle soit, en ce que la délibération » peut être dictée par d'injustes préventions, paraît présenter des inconvénients moins graves que ceux qui

» résulteraient d'une décision motivée et d'un recours
» devant le tribunal avec le bruit, la notoriété, peut-être
» même le scandale de la publicité de l'audience. »

L'article 395 étant ainsi justifié, le tribunal de Rouen se refuse à admettre que l'article 883 du code de procédure civile y ait dérogé, pour cette raison que ce dernier texte, « malgré sa généralité (ce sont les termes mêmes du tribunal), n'a eu en vue, ainsi que le prouve son intitulé et la » rubrique sous laquelle il est placé que les opinions ou les » vœux susceptibles d'être homologués, et enfin les actes » de la tutelle déjà constituée, laissant à part tout ce qui » touche au personnel et à l'organisation de la tutelle, » complètement réglé par le code civil. »

Contrairement à cette décision, nous pensons que là encore, bien plus même que dans tout autre cas, le recours du tribunal se justifie et est nécessaire.

Au jugement du tribunal de Rouen, nous pouvons opposer l'arrêt de la Cour de Caen, du 13 décembre 1897 (1), qui s'est nettement prononcé en faveur du recours.

Cet arrêt montre d'une façon très précise que le législateur du code civil, en attribuant un pouvoir souverain au conseil de famille dans l'organisation du personnel de la tutelle et, en particulier, dans le cas de convol de la mère tutrice, s'était montré trop absolu ; qu'ainsi « les intérêts » les plus importants des mineurs pourront être compro- » mis d'une manière irréparable, soit par le défaut de » réflexion des membres du conseil, soit par l'entraîne- » ment de certaines rancunes personnelles, soit par des

(1) Caen, 13 décembre 1897 : D. P. 98, 2, 505.

» défiances injustes contre le second mari, soit enfin par
» des préjugés étroits contre les secondes noccs ». C'est
pourquoi, ajoute la Cour de Caen, « le législateur a
» reconnu ces inconvénients et y a remédié en édictant les
» dispositions générales de l'article 883 du code de procé-
» dure civile qui complètent sur ce point les dispositions
» du code civil et assurent aux mineurs une protection
» nouvelle ».

En somme au point de vue du droit, la question est iden-
tique à celle où il s'agit de savoir si l'on peut attaquer une
délibération qui nomme ou destitue le tuteur, et le même
argument juridique (la portée générale de l'article 883) nous
démontre que dans un cas comme dans l'autre, la délibéra-
tion du conseil de famille est susceptible de recours.

De plus, nous avons répondu par avance à l'argument
du tribunal de Rouen tiré de l'intitulé et de la rubrique
sous lesquels l'article 883 est placé : nous avons vu que,
d'un côté, ce texte s'applique aussi bien aux délibérations
qui ne sont point susceptibles d'être homologuées qu'à
celles dont l'homologation est nécessaire ; que, d'un autre
côté, il n'y a pas lieu de distinguer s'il s'agit d'une décision
relative au personnel ou au matériel de la tutelle.

En outre, les considérations morales que l'on peut faire
valoir s'élèvent avec plus de force encore en faveur du
recours que contre lui. « L'intérêt de l'enfant, dit
» M. LAURENT (1), ne demande-t-il pas qu'on le laisse à
» celle qui lui a donné le jour, si elle n'a démeritée en
» rien ? Ne serait-ce pas un vrai déni de justice si une mère

(1) T. IV, n° 470, p. 589.

» frappée dans ses plus chères affections, blessée dans son
» honneur ne pouvait faire appel à une juridiction plus
» éclairée et plus désintéressée ? ».

Enfin, le point de savoir si, dans l'intérêt des enfants, la mère doit être maintenue dans les fonctions de tutrice, ne présente aucun élément de nature à n'être parfaitement appréciée par la justice, ou dont la discussion publique offre plus d'inconvénients et de scandales que les débats auxquels donnent lieu la plupart des questions relatives à l'état des personnes, et à la constitution des familles.

La jurisprudence tend à se prononcer dans le sens de cette dernière doctrine (1).

**5^e Les délibérations du conseil de famille peuvent-elles être
attaquées quand elles règlent des intérêts moraux et religieux ?**

Oui, car l'article 883 du code de procédure civile ne distingue pas. D'ailleurs nous croyons que s'il y avait lieu de faire une distinction, les intérêts moraux et religieux étant de beaucoup plus importants que les autres, il y aurait raison de plus pour soumettre les délibérations du conseil de famille s'y rapportant, au contrôle du tribunal. « On ne
» comprendrait pas qu'une délibération ayant pour objet
» un faible emprunt, une aliénation sans importance fut
» soumise à la sanction des tribunaux, quand une délibé-
» ration prise sur des objets touchant les intérêts moraux

(1) Agen, 24 décembre 1860. D. P. 61, 2, 20. Trib. Arbois, 4 juillet 1866. D. P. 69, 3, 7. Rouen, 25 novembre 1868. D. P. 69, 2, 76. Caen, 13 décembre 1897, *arrêt précité et note de M. BIVILLE à ce dernier arrêt*. LAURENT, t. IV, n° 470, p. 589.

Voir en sens contraire, MM. DEMOLOMBE, t. VII, n° 356 ; AUBRY et RAU, t. I, 1896, p. 617, 618, etc.

» les plus élevés, échapperait à leur examen ». Tribunal de Colmar, 20 mai 1857, confirmé par la Cour de Colmar, 19 novembre 1857. D. P. 69, 2, 36).

Ainsi le choix d'une religion, pour un mineur, ne doit pas être laissé à l'arbitraire du conseil de famille. Si les parents défunts avaient manifesté leur intention à cet égard, leur volonté devrait être suivie. A défaut de cet élément d'appréciation, nous croyons pouvoir affirmer, sans trop nous avancer, que le conseil de famille devrait exiger du tuteur qu'il élevât les mineurs dont il a la garde, dans la religion même de leurs parents; et que les magistrats pourraient annuler une délibération qui ordonnerait au tuteur d'élever les mineurs dans la religion juive, par exemple, alors que les parents, protestants, n'auraient pas manifesté leur désir sur ce point avant leur mort (1).

(1) En sens contraire, MM. AUBRY et RAU, t. 1, § 96, p. 618.

CHAPITRE IV

Du droit des tiers d'attaquer les délibérations du conseil de famille

En étudiant l'article 863 du code de procédure civile, et en cherchant à déterminer quelles personnes ont le droit de se pourvoir contre les délibérations du conseil de famille, nous avons complètement laissé de côté la question de savoir si les tiers peuvent également attaquer les décisions de l'assemblée, lorsqu'elles lèsent ou compromettent leurs intérêts.

Il aurait été plus logique d'étudier ensemble ces deux questions qui ont un objet identique ; ce qui nous a déterminé dans notre division, c'est le désir d'être précis, car nous verrons que, dans les cas où le recours est dirigé par des tiers, les magistrats auront à apprécier la validité ou la nullité de la délibération à un tout autre point de vue que si l'attaque était portée au nom du mineur.

Il y a lieu de distinguer si la délibération est attaquée au fond ou pour vice de formes.

1^o RECOURS QUANT A LA FORME

Il faut distinguer encore si le vice de forme est substantiel, en ce sens qu'il affecte l'existence même du conseil de famille, ou si le vice produit une simple irrégularité qui,

d'après les circonstances, peut donner lieu à la nullité de la délibération.

Quand il manque à la délibération une condition requise pour l'existence même du conseil, il faut décider, d'après les principes généraux qui régissent les actes inexistant, que toute personne intéressée, donc même les tiers lésés, peut opposer la non-existence du conseil et par suite la nullité de la délibération qu'il a prise.

S'il s'agit d'une simple irrégularité, la délibération n'est plus nulle de droit à raison du vice de formes, il y a seulement nullité virtuelle. Dans ce cas, la demande du tiers n'est pas recevable, car la nullité relative, dont la délibération est entachée, résulte de règles exclusivement établies dans l'intérêt du mineur, et ne peut être invoquée que par lui ou ses représentants.

Il y a cependant une hypothèse dans laquelle les tiers ont le droit de s'opposer à l'exécution d'une délibération entachée même d'une nullité relative : c'est lorsque le tuteur intente contre un étranger une action immobilière, en vertu d'une autorisation irrégulière.

Le défendeur à cette instance peut opposer l'irrégularité de la délibération : en effet, s'il ne l'opposait pas et s'il obtenait gain de cause, le mineur pourrait demander ensuite la nullité du jugement, en se fondant sur ce que le tuteur n'avait pas été autorisé valablement à agir. Le défendeur a intérêt à se mettre à l'abri de cette action en nullité ; dès lors il doit avoir le droit d'opposer l'exception de nullité.

En somme, cette exception ne déroge pas à la règle générale : ici l'intérêt du mineur s'identifie avec celui du tiers, tous les deux sont intéressés à prévenir de nouveaux procès.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

2^o RECOURS QUANT AU FOND

On reste ici sous l'empire du droit commun. Si le conseil de famille lésait les droits des tiers, ceux-ci auront la faculté de faire respecter leurs droits en attaquant les délibérations qui y ont porté atteinte.

C'est ce qui a lieu quand le tuteur ou le subrogé-tuteur ont été destitués ou exclus sans cause légitime, comme aussi dans le cas où les excuses qu'ils ont présentées pour se faire exempter ou décharger de leurs fonctions ont été indûment rejetées. Le code civil a prévu ces difficultés et les articles 440 et 448 donnent à ces derniers le droit formel de réclamer contre les décisions de l'assemblée.

De même, si le conseil admet les excuses d'un tuteur qu'il a nommé et en élit un autre; celui-ci peut réclamer et soutenir que le tuteur excusé n'est pas excusable, qu'en conséquence la première nomination doit être maintenue. Sur ce point nous n'avons pas de texte précis, mais les principes généraux suffisent pour trancher la question en faveur du second tuteur : il ne peut être appelé à la tutelle que si la première nomination tombe; elle ne pourrait tomber que si la personne élue d'abord était excusable. Cette nomination doit donc être maintenue si le premier tuteur choisi n'était pas excusable, et le second appelé a intérêt à

(1) MM. LAURENT, t. IV, n^o 489, p. 607.

AUBRY et RAU, t. I, § 96, p. 623.

CARRÉ : Lois de procédure, t. III, p. 447.

Bruxelles, 20 juillet 1831 : D. P. 33, 2, 21, etc.

réclamer contre sa nomination ; il doit par suite avoir une action et un droit à faire valoir pour faire annuler la délibération qui l'a institué tuteur, en violation de la loi (1).

(1) MM. AUBRY et RAU, t. I, § 96, p. 622.

CHAPITRE V

Du recours contre les actes faits en vertu de délibérations irrégulières

Jusqu'ici nous nous sommes occupés du recours exercé contre la délibération, dans le but d'empêcher son exécution. A l'heure actuelle, nous avons à nous poser la question de savoir si le recours est encore possible, une fois la délibération exécutée.

La solution diffère suivant que l'acte est attaqué par le mineur devenu majeur, par les membres du conseil de famille ou par les tiers.

1° QUI PEUT ATTAQUER L'ACTE

a) L'acte peut-il être attaqué par le mineur devenu majeur ou par le mineur émancipé assisté de son curateur ?

Au point de vue du mineur, le principe auquel se rattache la théorie du recours contre les actes faits en vertu d'une résolution irrégulière de l'assemblée est celui-ci : le mineur est réputé majeur quant aux actes soumis à des conditions ou des formalités spéciales, lorsque ces conditions ou formalités ont été accomplies (arg. art. 463 et 830 du c. c.). La conséquence directe de ce principe est que, sauf dans le cas de fraude, les attaques dirigées par le mineur

ou en son nom ne seront admissibles que pour vice de formes, et non quant au fond.

Ainsi, si le tuteur a renoncé à une succession en vertu d'une délibération du conseil de famille, s'il a aliéné un immeuble de l'incapable, muni d'une autorisation homologuée par le tribunal, le mineur ne peut pas attaquer ces actes dans le cas où toutes les formes ont été observées.

Mais lorsque les formalités légales ont été violées, le mineur a-t-il, dans tous les cas, le bénéfice de l'action en nullité ?

Il n'y a pas de doute quand il s'agit d'une forme substantielle, c'est l'application du droit commun : la délibération est considérée comme non-avenue, et toute personne intéressée peut se prévaloir de la non-existence du conseil, et par suite de tout ce qui a été fait avec son autorisation.

Mais la question est douteuse quand l'irrégularité dont le mineur se prévaut rentre dans la classe de celles qui sont seulement susceptibles d'entraîner, suivant les circonstances, l'annulation des délibérations où elles se rencontrent.

Nous croyons qu'il faut trancher la question en faveur du mineur. En effet, les règles prescrites pour la composition du conseil de famille et ses délibérations, le sont pour sauvegarder les intérêts de l'incapable. Si elles ont été observées, il ne peut se plaindre des conséquences de la délibération, puisqu'il a joui de toutes les protections que la loi a bien voulu lui donner. Mais si elles n'ont pas été observées, il n'a plus joui de ces protections, il peut donc légitimement attaquer les actes faits en vertu des délibérations irrégulières.

On objecte à cela que c'est justement pour prévenir des conséquences malheureuses, que le législateur a ouvert un recours contre les décisions, avant leur exécution; qu'il est abusif de ne pas profiter de ce recours, d'attendre l'accomplissement de l'acte, pour l'attaquer ensuite. « Mais si le recours n'a pas eu lieu, répond fort à propos M. Laurent (1), le mineur devra-t-il être victime de l'incurie de ceux qui auraient dû attaquer la délibération et qui ne l'ont pas fait? Ce serait le rendre victime de son incapacité, et c'est bien le moins qu'une fois majeur, il ait la faculté d'attaquer des actes faits en vertu de délibérations irrégulières ».

On peut faire à notre théorie une autre objection beaucoup plus grave : les délibérations du conseil de famille n'étant pas publiques, il est impossible aux tiers de savoir si la décision en vertu de laquelle le tuteur agit est régulière ou non ; dans ces conditions, si l'on admet la possibilité du recours, ils peuvent craindre l'action en nullité, et ils n'oseront pas traiter avec le tuteur.

Nous ne pouvons nier la vérité de cette objection que le législateur aurait dû prévoir. Mais en l'absence de texte, nous devons nous en tenir aux principes généraux et répondre que, s'il y a eu délibération nulle, ce qui sera fait en vertu de cette délibération sera nul également ; de plus, les tiers ne pourront pas opposer à cette nullité l'exception de bonne foi, car dans le silence de la loi, cette exception anéantirait un droit que le mineur tient de la loi elle-même.

(1) LAURENT, t. IV, n° 490.

D'ailleurs les tribunaux ne sont pas obligés de prononcer la nullité, ils apprécieront auparavant si l'irrégularité a causé un préjudice quelconque à l'incapable.

b) L'acte peut-il être attaqué par les membres du conseil de famille ?

L'incapable devenu majeur, de même que le mineur émancipé assisté de son curateur, sont donc recevables à attaquer les délibérations du conseil de famille, dans le but de revenir sur ce qui a été fait en vertu de ces actes. Faut-il reconnaître ce droit aux membres de l'assemblée ou aux autres personnes comprises dans l'article 883 du code de procédure civile ?

Nous ne le croyons pas : les dispositions de l'article 883, bien que très générales, s'appliquent seulement à l'hypothèse où la délibération, non encore exécutée, est attaquée d'une manière principale, dans le but d'en empêcher l'exécution. Quand l'acte est accompli, le tuteur et les autres membres du conseil de famille sont hors de cause, par cela même qu'ils n'ont pas exercé le droit de recours que la loi leur accorde.

c) L'acte peut-il être attaqué par les tiers ?

Le tiers qui a contracté avec le tuteur, en vertu d'une délibération irrégulière, peut-il demander la nullité de l'acte ?

D'après les principes généraux, il faut répondre négativement. La nullité qui peut résulter, soit de l'absence, soit de l'irrégularité d'une autorisation exigée dans le seul intérêt du mineur est, de sa nature, purement relative, et ne peut,

par conséquent, être proposée que par ce dernier on en son nom.

En définitive, le mineur seul peut agir.

2° CONTRE QUI DOIT-IL DIRIGER SON ACTION ?

L'article 883 porte que le recours contre les délibérations du conseil de famille doit être formé contre les membres qui ont été d'avis de la délibération, mais cet article n'est point applicable à l'action en nullité dans le cas qui nous occupe. Il est vrai que cette action tend finalement au même résultat, puisque si l'acte est annulé, la délibération qui en avait autorisé l'accomplissement n'a plus de valeur, mais ce n'est pas le but direct de l'action ; l'action en nullité a pour objet direct et principal de demander l'annulation d'un acte juridique passé entre le tuteur et les tiers. Elle doit donc être dirigée contre les tiers qui ont intérêt au maintien de l'acte, c'est-à-dire contre les tiers intéressés.

CHAPITRE VI

Des conséquences du recours contre les délibérations du conseil de famille

Si la délibération du conseil de famille était attaquée à raison d'un vice de forme, le tribunal, suivant les circonstances, maintiendra la décision ou en prononcera purement ou simplement la nullité. Dans ce dernier cas, le conseil de famille sera réuni de nouveau pour prendre une délibération régulière.

Dans le cas où le recours est dirigé contre une délibération pour un motif tiré du fond, le tribunal annulera la décision, si elle est contraire aux intérêts de l'incapable, sans pouvoir se substituer au conseil de famille pour prendre lui-même une décision plus favorable au mineur. Cela est une conséquence de ce principe que le recours, dont il est question dans l'article 883 du code de procédure civile, n'est jamais qu'une action principale en annulation, sur laquelle le tribunal ne statue lui-même qu'en premier ressort. En effet, s'il avait à se prononcer comme juridiction d'appel contre la décision de l'assemblée, considérée alors comme décision judiciaire, il ne se bornerait plus à infirmer la décision attaquée, il ferait ce que fait toute

juridiction d'appel en vertu de l'effet dévolutif, il substituerait sa décision à celle du conseil de famille : il nommerait lui-même un autre tuteur que celui choisi par l'assemblée, il autoriserait lui-même le mariage ou l'émancipation du mineur ; or cela est absolument contraire à la loi qui a fait de ces actes une sorte de monopole pour les conseils de famille.

Le tribunal doit donc se borner à annuler purement et simplement la délibération, sans pouvoir se substituer à l'assemblée d'une façon positive.

A s'en tenir à cet examen superficiel de la question, on pourrait croire que les magistrats n'ont qu'un pouvoir assez vague sur les actes du conseil de famille, et que ce dernier a la toute puissance sur l'organisation de la tutelle : le tribunal peut annuler ses délibérations, il est vrai, mais le conseil seul peut nommer un tuteur ou autoriser le mariage de l'incapable. Cependant, en étudiant avec attention les conséquences de l'annulation, on finit par se convaincre, en dernière analyse, qu'en définitif, « c'est leur avis et non celui de la famille qui est suivi » (1).

M. Raoul BIVILLE, dans une note insérée au *Dalloz* périodique de 1897, à la suite de l'arrêt de la Cour de Besançon, en date du 29 janvier 1896 (2), a étudié quelques-unes de ces conséquences et a bien établi comment elles pouvaient varier, suivant l'objet de la délibération. C'est cette note qui nous a inspiré l'étude suivante.

(1) M. DEMOLOMBE, t. VII, p. 200, n° 326.

(2) Arrêt précité.

1^o — EFFET DES DÉCISIONS DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE
INSTANCE SUR LES DÉLIBÉRATIONS RELATIVES AU PERSONNEL
DE LA TUTELLE.

a) **Choix du tuteur**

Lorsque le tribunal annule une délibération relative au choix du tuteur, il ne peut en même temps nommer un nouveau tuteur : ce pouvoir appartient en propre à l'assemblée de parents. Le conseil se réunira donc de nouveau et il pourra se produire le double phénomène suivant :

Ou bien le conseil choisira un autre tuteur et dès lors la tutelle fonctionnera régulièrement ; ou bien il persistera dans son premier choix et il rentrera de nouveau en conflit avec le tribunal, au grand détriment des intérêts du mineur.

Il est évident que le tribunal, statuant comme d'abord, annulera de nouveau cette nomination, et il sera nécessaire de réunir une seconde fois le conseil de famille.

Pour sortir de cette difficulté, le juge de paix n'ayant aucun moyen de vaincre l'entêtement des membres du conseil, serait amené à en modifier la composition, dans une certaine mesure.

Les membres écartés, « en persistant dans leurs opinions individuelles, peuvent être considérés comme » refusant d'accomplir, dans le sens de la loi, la mission « qui leur est confiée, et ne peuvent dès lors se plaindre de » se voir éliminés » (1).

(1) MM. AUBRY et RAU, t. I, § 96, p. 611, note 11.

b) Excuse, exclusion ou destitution de la tutelle

Le conseil de famille admet une excuse proposée par le tuteur, un membre de la minorité attaque la délibération et le tribunal en prononce la nullité : le tuteur se trouve maintenu, par le fait même, dans la tutelle. Voici un exemple frappant du pouvoir considérable des magistrats sur les décisions de l'assemblée : en fait ils ne nomment pas le tuteur, mais ils contraignent le conseil de famille à conserver tel tuteur qu'il avait auparavant choisi.

Il se produit une conséquence curieuse dans le cas suivant. Un membre de l'assemblée propose l'exclusion ou la destitution du tuteur, le conseil de famille repousse cette demande ; sur le recours du proposant, le tribunal annule la délibération. Alors il arrivera que le tuteur, jugé indigne par les magistrats, restera néanmoins en fonctions jusqu'à ce que le conseil de famille, convoqué à nouveau, et peut-être modifié dans sa composition, prononce lui-même son exclusion ou sa destitution (art. 446 c. c.). Dans ce cas encore, le tribunal finira par imposer son avis.

c) Cas du convol de la mère tutrice en secondes noces

En vertu de l'article 396 du code civil, la mère tutrice qui veut se remarier convoque le conseil de famille ; le conseil lui conserve la tutelle, mais le tribunal annule cette délibération ; comme pour le cas de nomination du tuteur, il est probable que l'assemblée, obéissant au tribunal, pour ne pas rentrer de nouveau en conflit avec lui, choisira un autre représentant à l'incapable.

Si le conseil de famille n'avait point conservé la tutelle à

la mère, et avait nommé un nouveau tuteur, et que, sur le recours de la mère, le tribunal avait prononcé la nullité de la délibération, la mère conserverait la tutelle avec son second mari comme cotuteur.

2° — EFFETS DES DÉCISIONS DU TRIBUNAL SUR LES DÉLIBÉRATIONS RELATIVE A L'ÉTAT ET A LA CAPACITÉ DU MINEURS

a) Son mariage

Le mineur manifeste l'intention de se marier et le conseil de famille lui donne son autorisation. Si le tribunal annule cette délibération, le mineur sera dans l'impossibilité de contracter mariage avant 21 ans. Mais, si l'assemblée lui refusait son consentement et que le tribunal annula sa décision, l'incapable serait encore dans la même impossibilité, car les magistrats ne peuvent en aucune façon lui donner cette autorisation. La seule ressource du mineur serait de convoquer à nouveau le conseil de famille, mais l'on pense bien que ce dernier, s'il a de sérieux motifs, persistera dans son refus.

b) Son émancipation

L'émancipation ne pourra pas être accordée au mineur, malgré l'avis favorable du conseil de famille, si le tribunal a annulé cette décision.

De même l'émancipation serait impossible si le conseil de famille l'a refusée, bien que le tribunal ait annulé cette délibération, car les magistrats sont sans pouvoir pour la conférer.

On voit par ce rapide exposé combien le tribunal de première instance a d'influence sur l'organisation du personnel de la tutelle, et sur l'état et la capacité des mineurs. En somme, bien qu'il n'ait aucun droit pour la nomination du tuteur, aucun pouvoir pour autoriser le mariage de l'incapable ou permettre son émancipation, par des annulations répétées, il finit quand même par imposer son avis au conseil de famille impuissant contre lui (1).

(1) Sauf toutefois l'appel possible devant la juridiction supérieure (art. 889, code de proc. civ.).

CHAPITRE VII

Procédure

La loi n'ayant pas fixé de délai pour se pourvoir contre les délibérations du conseil de famille, on ne saurait étendre à cette hypothèse la disposition de l'article 439-2° qui accorde au tuteur et au subrogé-tuteur un délai de trois jours, pour faire leurs excuses. Faute de textes spéciaux, on rentre dans le droit commun.

Si la délibération avait été exécutée et qu'un acte quelconque eut été passé avec un tiers, il est clair que le délai pendant lequel la délibération peut être attaquée, en ce qui concerne le tiers, se confond avec le délai pendant lequel l'acte lui-même est attaquable (cod. civ., art. 1304, 2262, etc...).

Nous rappelons en passant que les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées incidemment dans les cas où elles sont soumises à l'homologation du tribunal (art. 888).

Le tribunal compétent pour statuer sur les actions formées contre une délibération de l'assemblée de parents est le tribunal de première instance dans le ressort duquel s'est tenue l'assemblée. Il est saisi comme juge en premier ressort, car les délibérations du conseil de famille ne sont pas des jugements, la présence du juge de paix n'en fai-

sant pas un degré de juridiction. On peut s'étonner avec raison que cette compétence soit contestée et qu'il ait pu venir à l'esprit de quelqu'un de porter une telle action devant le juge de paix ; cette prétention a d'ailleurs été rejetée (1).

Si le recours est formé, non plus contre la délibération elle-même, mais contre des actes du conseil de famille, dans le but de revenir sur ce qui a été fait en vertu de ces actes, le tribunal compétent est celui du défendeur, suivant le principe général de notre droit « *actor sequitur forum rei.* »

Pour introduire sa demande, le poursuivant retire du greffe de la justice de paix une expédition de la délibération, et signifie cette expédition aux membres sur l'avis desquels la délibération a été prise. A la suite de cette copie, il leur donne assignation à comparaître au délai de la loi devant le tribunal compétent.

Cet ajournement contient des conclusions tendant à ce que la délibération soit annulée ou modifiée suivant les circonstances, et non pas seulement, comme on pourrait le croire, à ce que le conseil soit convoqué pour délibérer de nouveau.

Dans le cas où c'est une personne étrangère qui poursuit contre la délibération, l'assignation doit être donnée au tuteur, sauf à celui-ci à mettre en cause les membres du conseil de famille, ou à ces derniers à intervenir.

La cause sera jugée comme en matière sommaire (art.

(1) Rennes, 31 août 1818 : D. A., n° 260.

Angers, 6 août 1817, D. A., n° 59.

884 cod. de pro. civ.). Elle est dispensée des préliminaires de conciliation (art. 883 *in fine*) ; c'est une application pure et simple de l'article 49-1^o du code de procédure civile.

Le jugement rendu par le tribunal, sur la décision du conseil de famille, est sujet à l'appel (art. 889) (1) et à l'opposition, en suivant les formes et les délais de droit commun (art. 149 du cod. de proc. civ.), sauf l'exception faite par la loi du 27 février 1880 (art. 2).

(1) Nous avons déjà étudié ce texte à propos de l'appel porté sur un jugement d'homologation.

CHAPITRE VIII

Des dépens

D'après l'article 130 du code de procédure civile, toute partie qui succombe doit être condamnée aux dépens. Cependant il n'en est pas ainsi en matière de recours contre les délibérations du conseil de famille, et les frais faits par un membre de l'assemblée qui succombe, ne sont pas toujours forcément à sa charge.

Cela se justifie pleinement. Dans les instances ordinaires, ce sont les intérêts des adversaires eux-mêmes qui sont en jeu, il est donc juste que celui qui, par une fausse idée de son droit, a occasionné des frais, soit condamné à les payer. Dans le recours contre les décisions du conseil de famille, il ne s'agit plus que des intérêts du mineur seulement, il ne serait pas juste que le poursuivant soit toujours condamné aux dépens. Les juges apprécieront : si ce dernier était de bonne foi et croyait avoir agi pour le meilleur bien de l'incapable, c'est le mineur lui-même qui supportera les frais ; au contraire, les juges devraient condamner le poursuivant à payer les dépens s'il avait agi dans un but d'hostilité et de haine. S'il en était autrement les membres de l'assemblée, dans la crainte de voir tomber leurs prétentions, et par suite de supporter les frais de l'instance, hésiteraient souvent à intenter le recours, et les intérêts du mineur pourraient en souffrir.

De même, les membres défendeurs, c'est-à-dire ceux qui ont été d'avis de la délibération attaquée, ne devront pas toujours être condamnés aux frais lorsqu'ils auront succombé ; ici encore, les juges apprécieront si ces membres avaient été de bonne foi ou non.

Dans l'hypothèse de l'article 448 du code civil, si le subrogé-tuteur succombe sur la réclamation du tuteur exclu ou destitué, il peut être condamné à payer les frais de l'instance ; mais en définitif, il ne les supporte que sauf son recours contre les membres qui ont voté la délibération. Cela s'induit de l'article 441 du code civil d'après lequel, ceux qui ont rejeté une excuse proposée par un individu appelé à gérer la tutelle, peuvent, suivant les circonstances, supporter les dépens. *A fortiori* on doit décider qu'il en est de même de ceux qui ont prononcé la destitution.

Si le tuteur avait assigné en même temps que le subrogé-tuteur, les membres qui avaient été d'avis de son exclusion ou de sa destitution, il ne pourrait pas s'élever de difficultés sur la question de la répartition des frais : toutes les parties seraient solidairement condamnées aux dépens s'ils avaient agi par fraude.

Le juge de paix ne doit, dans aucun cas, supporter les frais de l'instance. Lorsqu'il agit d'office, l'administration de l'enregistrement fait l'avance de tous les frais, sauf recours (1).

En résumé, lorsque les membres de l'assemblée ont agi

(1) Instruction du Directeur général de l'Enregistrement du 3 fructidor an XIII, n° 290, § 3.

suivant leur bonne foi et dans l'intérêt du mineur mal entendu, ils ne supportent pas les conséquences de leur erreur; dans ce cas les dépens seront payés par le mineur lui-même et figureront parmi les éléments du compte de tutelle.

Si les frais avaient été avancés par un membre de l'assemblée, le budget de la tutelle les rembourserait (1).

DE LA RESPONSABILITÉ DES MEMBRES DU CONSEIL DE FAMILLE

Notre ancien droit avait admis et sanctionné la responsabilité des membres du conseil de famille qui avaient nommé un tuteur notoirement insolvable, et cela, qu'il y ait eu dol ou simplement négligence de leur part.

L'un des projets du code civil dans une section intitulée « des garanties de la tutelle » (art. 74 et 76), déclarait également responsables les membres de l'assemblée qui avaient participé à la nomination d'un tuteur notoirement insolvable, ainsi que les membres qui, convoqués par le subrogé-tuteur pour changer le tuteur n'avaient pas fait droit à sa demande (Locré, t. VII, p. 144).

Mais ces dispositions n'ont pas été insérées dans notre code civil. Il faut en conclure que le législateur en a rejeté implicitement le principe, et qu'il faut s'en référer au droit commun.

En conséquence, si les membres du conseil de famille

(1) Voir MM. CARRÉ et CHAUVÉAU, t. VI, question 2995 et suivantes; et note de M. Raoul BIVILLE à l'arrêt de Caen du 13 décembre 1897, déjà citée.

ne sont pas, en général, responsables de leurs avis ni de leurs votes donnés consciencieusement, comme ils ont reçu un mandant de la loi, ils pourront néanmoins être actionnés en dommages-intérêts, lorsqu'ils auront commis un dol ou une faute lourde témoignant incurie ou indifférence inexcusable de leur part, c'est-à-dire, lorsqu'ils n'auront pas rempli la mission que la loi leur a confiée, avec les soins d'un bon père de famille. Les causes des responsabilités sont alors régies par les articles 1382 et 1383 du code civil (voir en ce sens MM. Aubry et Rau, t. I, n° 97; Laurent, t. IV, n° 181).

APPENDICE

I

Droit comparé

Il nous a paru utile, avant de terminer cette étude, de passer en revue les principales législations étrangères, au point de vue de l'organisation du conseil de famille.

Nous regrettons de ne pas pouvoir donner ici les développements que cette manière comporte : l'étude approfondie des institutions juridiques des autres peuples est au moins aussi utile, pour le bon développement de nos institutions, que celle de notre droit français ; en nous apprenant à nous mieux connaître, l'étude des autres législations nous dévoile, en même temps, les réformes utiles à apporter à nos lois et les lacunes à combler.

Nous nous contenterons d'étudier ici les points essentiels des principales législations.

Au point de vue qui nous intéresse, nous pouvons diviser les législations étrangères en trois groupes distincts :

1^o Celles dont le conseil de famille est un organe nécessaire de la tutelle ;

2° Celles dont cette institution n'est qu'un organe facultatif ;

3° Enfin celles où le conseil des parents est inconnu.

1° — Législations dans lesquelles le conseil de famille est un organe nécessaire de la tutelle

Un certain nombre de législations étrangères admettent, comme le droit français, le conseil de famille comme un des rouages de la tutelle. Mais nous verrons que les règles qui régissent sa formation, son organisation et son autorité, diffèrent profondément d'une législation à l'autre.

a) BELGIQUE

Sauf quelques lois spéciales, la Belgique est régie par nos codes français : les mêmes articles régissent les mêmes matières et les jurisconsultes belges se servent indifféremment des décisions de nos tribunaux ou des leurs pour interpréter leurs textes (1).

Cependant, en 1883, M. LAURENT, sur la demande du Ministère de la Justice, a fait paraître un avant-projet de revision du code civil (2) dont l'étude est pour nous de la plus

(1) Les auteurs belges semblent avoir une meilleure idée du code de procédure civile français que les auteurs français eux-mêmes. On peut lire en effet dans l'introduction d'un ouvrage pratique remarquable de M. G. BELTJENS, écrit en 1897 : « sauf de légères modifications, le code de procédure de 1806 est toujours en vigueur chez nous et il le restera longtemps encore ». (BELTJENS, Encyclopédie du droit belge, 4^e partie, Procédure civile, Introduction.

(2) Avant-projet de révision du code civil, rédigé par M. F. LAURENT, professeur à l'université de Gand, sur la demande de M. le Ministre de la Justice. 1883, 7 vol.

haute importance. En effet le peuple belge, vivant sous nos lois, a pu se rendre compte des lacunes et des défauts de nos codes, et sentir, comme nous, le besoin de combler les unes et de remédier aux autres.

Les nouvelles règles qui, dans l'avant-projet, régissent l'institution du conseil de famille, sont comprises dans le livre I, titre X de la tutelle, section IV.

Le conseil de famille sera composé du juge de paix président, des quatre plus proches parents du mineur, du tuteur et du subrogé-tuteur (art. 403).

Comme on peut le remarquer, le tuteur et le subrogé-tuteur feront partie de l'assemblée. Cette innovation nous paraît heureuse, car le conseil de famille a pour mission d'autoriser le tuteur à faire les actes les plus importants de la tutelle, il convient donc que ce dernier soit entendu. D'ailleurs sa présence est parfois nécessaire pour fournir au conseil les renseignements dont il a besoin, s'il veut prendre une décision en connaissance de cause. Quant au subrogé-tuteur, dont le rôle est de surveiller la gestion du tuteur, sa présence à l'assemblée l'initiera à son administration et lui apprendra comment il gère (Voir M. LAURENT, commentaire de l'article 403).

L'avant-projet ne tient plus compte des distances : mieux vaut que la loi appelle les plus proches en degré que les plus voisins du mineur (art. 404). Du reste, depuis l'établissement des chemins de fer, les obstacles ont à peu près disparu. Cependant l'article 406 laisse au juge de paix la faculté de dispenser la personne désignée, dans le cas où elle ne pourrait se rendre facilement à l'assemblée, et de la remplacer d'après les règles prescrites.

D'après l'article 405 de l'avant-projet, le mineur de seize ans accomplis sera convoqué aux séances du conseil, mais il n'y aura pas voix délibérative. Cette innovation, empruntée au code Italien, nous paraît également heureuse. Elle donne au mineur le moyen de s'initier à la gestion de ses biens, tandis que sous la loi française, il devient subitement capable et gère sa fortune sans expérience aucune, n'ayant pas la moindre notion des affaires.

Une autre innovation de l'avant-projet belge est de supprimer les représentants à l'assemblée : « Les parents, alliés » ou amis, dit l'article 407, appelés à siéger dans un conseil » de famille, doivent y assister en personne. » En somme c'est une excellente innovation car la loi choisit les membres du conseil justement à cause de l'affection, et l'affection ne se transporte pas à un procureur fondé.

L'article 409 de l'avant-projet dispose que le conseil, une fois formé, est permanent, et que son siège reste fixé au domicile primitif, sauf au tribunal à en prescrire le déplacement sur la demande du tuteur ou des membres du conseil. Cet article a le mérite de trancher la question très controversée du domicile de la tutelle.

Pour que le conseil puisse valablement délibérer, il faut que tous les membres aient été convoqués et que trois au moins, outre le juge de paix, soient présents à la délibération.

Les décisions se prennent à la majorité absolue des voix. En cas de partage, la voix du juge de paix sera prépondérante. S'il se forme plus de deux opinions, la majorité relative suffira. « C'est, dit M. LAURENT, le seul moyen » d'arriver toujours à une solution. »

L'article 416 de l'avant-projet reproduit le premier alinéa de notre article 883 du code de procédure : « toutes les fois » que les délibérations du conseil de famille ne seront pas » unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent » sera mentionné dans le procès-verbal. »

L'avant-projet décide que, non seulement le tuteur, le subrogé-tuteur et les membres du conseil pourront attaquer les délibérations de l'assemblée, mais encore le juge de paix et le procureur du roi. M. LAURENT explique cette innovation en disant que, si le juge de paix peut prendre partie dans les délibérations, il doit avoir également le droit de les attaquer ; que c'est même un devoir pour lui, puisqu'il a pour mission de sauvegarder les intérêts du mineur. De même, dit-il, en donnant le droit d'agir au ministère public, cela permet aux parents qui ne sont pas membres du conseil d'intervenir, dans l'intérêt du mineur, en faisant connaître au procureur du roi les motifs pour lesquels il y a lieu d'attaquer la délibération. Malgré ces arguments, nous ne sommes pas de l'avis de M. LAURENT. Si ces magistrats peuvent attaquer la délibération, on doit admettre que le recours peut également être dirigé contre eux ; n'est-ce pas là porter atteinte à leur dignité de magistrats ? En tout cas, ce système est encore bien éloigné de nos mœurs.

Un des grands mérites de l'avant-projet belge est de combler une fâcheuse lacune de nos codes français, en énumérant les cas de nullité des délibérations du conseil de famille, dans ses articles 418 et 419.

Art. 418 : « Les délibérations du conseil de famille ne » produisent aucun effet :

» 1° Quand elles ont été prises en l'absence ou sans la participation du juge de paix ;

» 2° Quand les membres du conseil n'ont pas été convoqués ;

» 3° Quand le conseil n'était pas en majorité lors de la délibération ;

» 4° Quand elles n'ont pas été prises à la majorité déterminée par l'article 414. »

Art. 519 : « Les autres irrégularités entraînent seulement la nullité de la délibération, si l'intérêt du mineur a été lésé. »

Ces deux textes, en somme, ne font qu'appliquer la jurisprudence, mais ils ont l'immense avantage de fixer les esprits et d'empêcher désormais toute controverse sur la matière.

D'après l'article 420 de l'avant-projet, les tiers peuvent attaquer les délibérations qui portent atteinte à leurs droits ; ils ne peuvent les attaquer pour vices de formes que lorsqu'elles sont substantielles. Quant aux formes établies dans l'intérêt des mineurs, les tiers ne peuvent se prévaloir de leur inobservation, à moins que leur intérêt ne se confonde avec celui des incapables. Ces dispositions complètent celles qui précèdent ; elles sont également empruntées à la doctrine et à la jurisprudence.

L'homologation par le tribunal des délibérations du conseil de famille est plus souvent exigée dans l'avant-projet belge que dans notre code civil.

Ainsi, d'après l'article 448, le tuteur ne peut, sans faire homologuer la délibération de l'assemblée :

1° Aliéner les biens meubles ou immeubles du mineur, les grever de droits réels, emprunter ;

2° Répudier une succession ou un legs ;

3° Intenter une action relative aux droits mobiliers ou immobiliers du mineur, s'en désister, y défendre, acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, transiger ou compromettre.

On voit, par ce seul exposé, les différences qui existent entre l'avant-projet et notre loi française au point de vue de l'homologation.

D'après l'article 450, le tribunal, appelé à homologuer une délibération, statuera en chambre du conseil, après avoir entendu le ministère public.

Une innovation qui nous paraît heureuse décide que le tribunal pourra modifier les délibérations du conseil de famille, lorsque les intérêts du mineur l'exigeront.

Enfin l'article 454 de l'avant-projet dit que le mineur est lié par les actes que le tuteur a passés, dans les limites de ses pouvoirs. Au contraire, ceux qu'il a fait sans observer les formes légales sont nuls de droit. Le code civil français ne contient aucune disposition de ce genre.

Nous voyons par ce rapide parallèle entre la loi française et l'avant-projet belge, les différences profondes qui séparent ces deux textes, différences qui, avouons-le, sont presque toutes à l'avantage de ce dernier.

b) HONGRIE

La loi XX de 1877, sur les tutelles, prévoit l'intervention du conseil de famille et des parents dans un grand nombre

de ses articles (1). Mais cette institution diffère profondément de la notre.

Les membres de l'assemblée peuvent donner, contrairement au droit français, leur avis par écrit (art. 147-148).

L'article 151 dit que le père peut, par son testament, ou par un acte fait en forme de testament, instituer un conseil de famille et en désigner les membres, pour ses enfants mineurs, lorsque l'actif net de sa fortune dépasse 100.000 *gulden*.

L'assemblée est composée du président (président ou vice-président du *conseil des orphelins*) et de quatre membres (art. 153 et 154).

Elle prononce à la majorité, sur tout ce qui intéresse le mineur ou la personne en curatelle. La présence du président et de deux membres au moins est nécessaire pour qu'il puisse être pris une décision valable.

Les décisions du conseil de famille peuvent être attaquées par le tuteur, le curateur, ou l'un des membres de l'assemblée, lorsqu'elles ont pour effet de modifier la consistance de la fortune du pupille, et que cette modification paraît au requérant devoir être préjudiciable aux intérêts du mineur.

Le recours est adressé au ministère de l'intérieur (art. 166).

c) ESPAGNE

Le conseil de famille est régi principalement par les articles 293 à 313 du code civil de 1889 (2).

(1) *Ann. légis. étr.*, année 1877, p. 234 et suiv.

(2) Voir la traduction de LEVÉ. LEHR, *Éléments de droit civil Espagnol*, p. 62, n° 71 et suiv.

La composition de cette assemblée se rapproche sensiblement du système français. La principale différence qui existe avec ce dernier consiste dans le nombre de cinq personnes au lieu de sept.

Cette assemblée est présidée par le juge municipal.

Les membres, choisis parmi les parents du mineur, sont tenus de comparaître en personne, ou par un mandataire spécial qui ne pourra jamais représenter plus d'un mandant. S'ils ne comparaissent pas, le juge municipal peut leur infliger une amende (art. 300).

C'est un membre élu qui préside le conseil et non le juge. Le président élu a le pouvoir : 1° de réunir le conseil lorsque cela lui paraît utile, ou lorsque la réunion est demandée par le tuteur, le subrogé-tuteur ou un membre de l'assemblée; 2° de présider, de diriger et de modifier ses décisions, en faisant connaître l'opinion de chacun des membres; 3° d'exécuter les délibérations (art. 304).

Le conseil de famille ne peut pas valablement délibérer si au moins trois des membres ne sont pas présents à la délibération. Les décisions se prennent toujours à la majorité des voix ; la voix du président décidera en cas de partage (art. 305).

Les décisions de l'assemblée peuvent être attaquées devant le tribunal de première instance, par les membres de la minorité, par le tuteur, le subrogé-tuteur ou tout autre intéressé à la décision.

Les membres sont responsables du préjudice que le mineur aurait souffert par leur malice ou leur négligence coupable (art. 312).

d) ITALIE

Le conseil de famille est régi, en Italie, par les articles 249 et suivants du code civil (1).

Lorsqu'une tutelle est ouverte, on constitue devant le préteur du mandement où se trouve le siège principal des affaires du mineur, un conseil *permanent* pour tout le temps de cette tutelle.

Le conseil se compose du préteur, président, de quatre conseillers, du tuteur ou du curateur (art. 251).

Le mineur âgé de seize ans a le droit d'assister aux délibérations, mais il n'a pas voix délibérative. Les conseillers sont pris parmi les parents, alliés ou amis.

Les personnes appelées sont tenues d'y venir personnellement, sous peine de se voir infliger une amende.

Pour prendre valablement une décision, il faut au moins l'assistance de trois conseillers et du préteur. Le conseil délibère à la majorité absolue des voix ; en cas de partage, celle du préteur est prépondérante (art. 258).

Lorsque la délibération n'est pas prise à l'unanimité, on fait mention, dans le procès-verbal, de l'avis de chacun des membres de l'assemblée. Le tuteur, le curateur, comme aussi les membres intervenus à la réunion, peuvent contester cette délibération devant le tribunal, contradictoirement avec les membres qui ont donné un avis favorable (art. 260).

e) PAYS-BAS

Les règles relatives au conseil de famille se trouvent

(1) Voir traduction GANDOLFI.

dans les articles 386 et suivants du code civil néerlandais, relatifs à la tutelle (1).

Elles présentent beaucoup d'analogie avec celles du code civil français.

Cependant ces deux codes diffèrent l'un de l'autre en ce que, dans les Pays-Bas, le conseil de famille se compose de quatre membres au lieu de sept.

Sous l'empire du code civil, les parents n'étaient pas tenus de se présenter personnellement à la délibération, ils pouvaient se faire remplacer par un mandataire. Mais une loi du 15 novembre 1876 a ordonné la comparution en personne, sous peine d'amende.

f) PORTUGAL

Le code civil Portugais de 1867 réglemente en détail la composition du conseil de famille (2).

D'après l'article 207 il se compose des plus proches parents du mineur, trois de la ligne paternelle et deux de la ligne maternelle. Les frères germains et les maris des sœurs germaines peuvent, comme en France, être tous membres du conseil de famille, même s'ils sont plus de cinq.

Le mineur de quatorze ans a le droit d'assister aux délibérations et d'y être entendu (art. 212).

Le juge préside le conseil, mais ne prend pas part au vote (art. 215 et 216). L'assemblée ne peut délibérer à moins de la présence de trois membres (art. 217). Les décisions sont

(1) Voir traduction TRIPELS.

(2) Voir traduction G. LEPELLETIER.

prises à la majorité absolue des voix des membres présents (art. 219).

Peuvent former appel des décisions du conseil de famille devant le *conseil de tutelle* : le tuteur, le subrogé-tuteur, le protuteur, le curateur des orphelins et tout parent du mineur ou toute autre personne y ayant intérêt.

Le conseil de tutelle est composé d'un juge de première instance, de deux subsistuts, et du curateur des orphelins qui a seulement voix consultative.

Il n'existe aucun mode de recours contre les décisions du conseil de tutelle confirmant une délibération du conseil de famille (art. 226).

g) CANTON DE GENÈVE (Suisse)

Le canton de Genève suit encore la législation française modifiée toutefois, sur quelques points, par la loi du 12 février 1870.

Voici la principale différence entre les deux législations.

Les délibérations sont exécutoires de plein droit toutes les fois qu'elles sont prises à l'unanimité des membres présents, et si le juge de paix a déclaré, dans le procès-verbal, s'associer à l'avis de parents. Dans le cas contraire, elles sont soumises à l'approbation du président du tribunal.

2° Législation dans lesquelles le conseil de famille est un organe facultatif

a) ALLEMAGNE

Avant le 1^{er} janvier 1900, la législation des tutelles variait beaucoup suivant les pays qui composaient l'empire d'Alle-

magne. Notons que dans la plupart d'entre eux, la tutelle relevait plutôt de l'autorité publique que de la famille. D'ailleurs dans l'ancienne législation allemande il n'y avait pas de conseil de famille; cette institution a été introduite en Prusse en 1875, mais elle n'est pas comme en France un rouage essentiel de la tutelle, elle n'est qu'un organe facultatif qui peut être institué en vertu d'une disposition testamentaire du père et de la mère ou sur la demande d'une personne à ce qualifiée (1).

Cette variété de législation, dans une même nation, n'était pas sans inconvénients. « Pour se rendre compte, » dit M. O. de Meulenaere (2), de la situation insupportable et unique au monde qui existe en ce jour en Allemagne en matière civile, il faut considérer la division du pays au point de vue juridique. Au centre de l'Allemagne, et la traversant du sud au nord, s'étend une immense région, comprise au sud entre la Forêt-Noire et la Bohême, et au nord entre le Weser et l'Elbe. Elle est encore régie par le droit commun, c'est-à-dire par le droit romain et par une infinité d'anciens droits locaux, de droits urbains, de privilèges et de statuts codifiés. A l'est de cette région, à part le Schleswig-Holstein au nord et le Mecklembourg, qui sont également régis par le droit romain, ainsi que la Saxe qui possède un code particulier, s'étend un vaste territoire soumis au *Lan-drecht* prussien, combiné tantôt avec des droits provin-

(1) LEHR. Eléments du droit civil germanique, t. II, p. 376.

(2) O. de MEULENAERE. Code civil allemand et loi d'introduction, promulgués le 16 août 1896 pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900, introduction, page II.

» ciaux, tantôt avec des codifications nouvelles. A l'ouest
» enfin, règnent tantôt le droit prussien, tantôt le droit
» romain, mais surtout le droit français, etc... »

On comprend, dans ces conditions, les aspirations du peuple allemand vers l'unité de sa législation civile.

Une loi du 20 décembre 1873 rangea la codification et l'unification du droit civil parmi les réformes urgentes que réclamait le pays. Deux commissions furent nommées pour rédiger un projet de codification. Le 27 décembre 1897, un projet fut soumis au chancelier de l'empire qui l'adressa au conseil fédéral. Enfin, après bien des discussions et des modifications, ce projet aboutit au nouveau code civil promulgué le 18 août 1896 pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

C'est dans ce nouveau code que nous devons rechercher les règles qui régissent, actuellement, en Allemagne, l'institution du conseil de famille.

Il résulte de l'exposé des motifs de la loi du 18 août 1896 qu'on n'a pas voulu admettre le système de la prédominance de la famille ; c'est la législation prussienne qui a inspiré les rédacteurs de la nouvelle loi.

En principe, donc, il n'y a pas de conseil de famille. Son rôle est rempli par le tribunal tutélaire.

Cependant la loi de 1896 permet l'organisation d'un conseil, si telle est la volonté des père et mère du mineur.

Les parents de l'incapable peuvent d'ailleurs limiter la durée de cette assemblée et en faire dépendre l'existence de la réalisation ou de la non-réalisation d'un événement déterminé.

Lorsqu'il doit exister, le conseil de famille est *institué* par le tribunal des tutelles (art. 1859).

Il se compose alors du juge des tutelles comme président et de deux assesseurs au moins, ou de six au plus (art. 1869).

Les membres sont *nommés* par le père ou la mère légitimes, ou à défaut par le tribunal des tutelles (art. 1861 et 1862).

Nul n'est tenu d'accepter ces fonctions (art. 1869).

Les membres de l'assemblée sont *installés* par le président, sous engagement de gérer fidèlement et consciencieusement leurs fonctions. Cet engagement se contracte en donnant la main à titre de serment (art. 1870).

Pour que le conseil de famille puisse délibérer, il faut la présence du président et de deux membres au moins. Le conseil prend ses décisions à la majorité des voix des membres présents. En cas de partage, la voix du président est prépondérante (art. 1874).

Le membre convoqué qui, sans excuse suffisante, ne vient pas à la délibération, doit être condamné à une peine pécuniaire (art. 1875).

Comme on le voit, l'institution du conseil de famille, dans la législation allemande, est loin d'avoir la même importance que dans le code civil français. Elle est restée « une institution de pure importation. »

L'assemblée de parents n'a presque pas de pouvoirs ni d'autorité et la direction de la tutelle reste toujours judiciaire.

b) AUTRICHE

Nous ne dirons rien de l'organisation de la tutelle en

Autriche, d'une façon générale, elle est régie par les principes du droit allemand.

c) CANTON DE VALAIS (Suisse)

Dans le canton de Valais, le rôle du conseil de famille, simplement consulté, est si effacé, qu'on peut dire qu'il n'existe pas.

Il est composé de tous les parents alliés mâles et majeurs du mineur, jusqu'au huitième degré inclusivement (code civil de Valais, art. 194 et suiv.).

Il est présidé par le président de la chambre pupillaire.

**3^o Législations dans lesquelles le conseil de famille
n'existe pas**

a) GRANDE BRETAGNE

Il n'existe pas de code en Angleterre mais nous trouvons, dans le *traité de législation* de Bentham, dans le *Commentaire* de Blackstone *sur les lois anglaises*, et dans divers ouvrages, des renseignements qui peuvent nous servir de guide.

Nulle part, dans tous ces ouvrages, il est question du conseil de famille. Le tuteur englobe toute l'autorité, en ce qui concerne l'administration de la personne et des biens de l'incapable ; le tuteur et le mineur sont dans la même position que le père et l'enfant.

b) SUÈDE

La tutelle est actuellement organisée, en Suède, par une loi du 18 avril 1884. Il n'y a pas de conseil de famille : cette

institution est remplacée par une autorisation tutélaire (1).

c) SUISSE

Les cantons Suisses, autres que le canton de Genève et celui de Valais, n'admettent pas l'institution du conseil de famille telle qu'elle existe dans nos lois. Elle est remplacée par l'intervention de l'autorité publique qui domine, en matière de tutelle, conformément au système allemand. (Voir : pour le canton de Bâle la loi du 23 février 1880, rapportée dans les Annales de législation étrangères, année 1880, p. 457 ; pour le canton des Grisons, le code civil traduit par R. de la GRASSERIE ; pour le canton de Berne, le code civil de Berne ; pour le canton de Zurich, le code civil de ce canton, etc.).

II

Tarif des frais et dépens et dispositions fiscales

Les formalités relatives aux délibérations du conseil de famille exigent le concours de certains officiers ministériels : les greffiers de la justice de paix assistent aux délibérations pour en rédiger le procès-verbal et en délivrer ensuite des expéditions à qui de droit ; les huissiers font les notifications et les significations qui sont prescrites par la

(1) R. de la GRASSERIE ; Les codes Suédois traduits et annotés, introduction, p. 41.

loi ; enfin l'assistance des avoués est nécessaire pour obtenir l'homologation du tribunal. Mais les services rendus par ces officiers ministériels méritent une juste rétribution ; ces frais retombent évidemment sur le mineur et amoindrissent son patrimoine. Il n'est donc pas inutile d'indiquer, au moins sommairement, le tarif des frais et dépens qui sont occasionnés par les délibérations du conseil de famille. Nous parlerons ensuite, pour compléter cette étude, des droits que le fisc prélève à l'occasion de ces décisions.

1^o Tarif des frais et dépens

Sous l'empire du décret du 16 février 1807, différents droits et vacations étaient accordés aux juges de paix, notamment pour leur assistance aux délibérations du conseil de famille : « il est accordé, dit l'article 4 de ce » décret, pour l'assistance du juge de paix à tout conseil » de famille, 5 fr., 3 fr. 75 ou 2 fr. 50 (suivant les ressorts). » *Nota.* Le juge de paix ne pourra jamais prendre plus de » deux vacations ».

Mais ce texte ne leur est plus applicable. En effet, les huit premiers articles du tarif de 1807 ont été abrogés par la loi du 21 juin 1845 dont l'article 1 est ainsi conçu : « Les » droits et vacations accordés aux juges de paix sont » supprimés. Il ne leur sera alloué etc... ».

Les frais de vacations dus aux juges de paix ne sont plus supportés par le mineur, mais par l'état qui leur accorde alors un traitement fixe et annuel. Ce mode de rétribution est mieux en rapport avec la dignité des fonctions de ces magistrats et confirme une fois de plus ce principe qu'en France la justice est gratuite.

Pour les greffiers de la justice de paix et les huissiers, le tarif des frais et dépens est encore régi par le décret de 1807. Pour les avoués, le tarif en est régi par celui, beaucoup plus récent, du 15 août 1903.

Les deux tarifs sont basés sur des principes tous différents.

Celui de 1807, en effet, accorde aux officiers ministériels une rétribution particulière et indépendante pour chaque acte. Il résulte de là deux conséquences fâcheuses pour les plaideurs dont les intérêts sont opposés à ceux de leurs mandataires *ad litem* : d'un côté, l'intérêt des avoués est de multiplier le nombre des actes pour tirer le plus grand profit des procès qu'ils dirigent ; d'un autre côté, le tarif n'étant pas proportionnel à l'intérêt du litige, il arrive très souvent que, pour des petites affaires, les clients supportent des frais relativement considérables, et que pour des procès roulant sur des chiffres très importants, ils n'ont presque rien à payer.

M. LALLE, le rapporteur du projet soumis à la commission qui était chargée d'élaborer le nouveau tarif, résume ainsi les critiques que l'on peut adresser au décret de 1807. « Le justiciable lui reproche d'être un assemblage incohérent de règles arbitraires où il est difficile de se reconnaître ; de placer l'intérêt du plaideur en opposition avec celui de l'avoué, en donnant à chaque acte de procédure sa rétribution particulière et indépendante ; enfin de ne pas reposer sur une base équitable en faisant supporter à des affaires d'inégale importance, une catégorie des frais toujours identiques et d'un prix uniforme ». D'autre part, du côté des officiers ministériels, les critiques

ne sont pas moins vives. « Ils font observer, ajoute le » rapporteur, non sans raison, que malgré les exigences » de la vie moderne, l'augmentation des frais généraux, les » sacrifices de temps et d'argent qui leur sont imposés par » les charges, toujours croissantes, de l'assistance judi- » ciaire, non seulement leurs émoluments n'ont pas variés » depuis 1807, mais encore qu'en certaines matières ils ont » été réduits, afin de diminuer l'importance des droits » fiscaux » (1).

Il ne faut donc pas s'étonner si, depuis de nombreuses années, le décret de 1807 a soulevé les plus vives critiques. Les magistrats, les publicistes, les officiers ministériels eux-mêmes demandaient depuis longtemps une réglementation plus en harmonie avec notre législation actuelle.

Le gouvernement s'est enfin ému de ces critiques et, par arrêté en date du 4 décembre 1900, M. Monis, alors garde des sceaux, a institué une commission pour examiner quelles sont les modifications qui pourraient être apportées aux tarifs des frais et dépens en matière civile.

Cette commission, après de nombreux débats, a abouti au décret du 15 août 1903. Le point de départ de son application a été fixé au 16 octobre de la même année (2).

L'élément principal de la nouvelle tarification, c'est la proportionnalité des frais : les petites affaires sont dégre-
vées et les rétributions des avoués augmentent avec l'importance des procédures.

(1) ALAUZE Henri : tarif des frais et dépens en matière civile, décret du 15 août 1903, Guide pratique, Introduction, p. 2.

(2) ALAUZE, ouvrage précité, introduction page 5.

Le nouveau tarif a le grand mérite d'être simple et d'application facile. Il repose tout entier sur la rétribution du mandat *ad litem* par l'allocation de trois droits qui répondent à toutes les éventualités :

1° Le travail préparatoire que l'avoué est obligé de faire, pour examiner les pièces, en vue de l'opinion qu'il doit donner à son client sur la bonté du procès, est rémunéré par le *droit de conseil* (art. 2 à 4 et 78).

2° Les besognes matérielles qui, dans toutes les affaires, exigent à peu près le même travail, les mêmes dépenses courantes, les mêmes frais généraux, quelque soit la valeur du litige, sont rétribuées par le *droit de formalité* (art. 4 à 6 et 78).

3° Enfin il est alloué aux avoués, par le nouveau décret, un *droit d'instruction* ; ce droit est proportionnel et constitue véritablement l'élément principal de la nouvelle tarification : il varie suivant l'évaluation du mandat *ad litem* et se calcule sur l'intérêt du litige dans le procès (art. 7 à 18 et 79 à 87).

Comme on peut le voir, d'après ce rapide exposé, le nouveau tarif a le double avantage d'être simple et proportionnel.

Il a, en outre, sur celui de 1807, le mérite d'être le même pour tous les avoués, à quelque ressort qu'ils appartiennent (1).

(1) Sous l'ancien décret, pour les avoués de première instance, il y avait trois tarifs différents : un supérieur, celui de Paris et des villes assimilées, et deux réduits :

1° Le tarif *supérieur* était applicable à Paris, Lyon, Bordeaux, Rouen, Marseille, Lille, Nantes et Toulouse ;

La réformation des tarifs avait une autre grande importance qui a d'ailleurs été signalée par M. Lalle : depuis de longues années la refonte de nos lois de procédure est promise, « mais, dit le rapporteur, cette amélioration n'est » possible et ne peut porter ses fruits que si les études n'en » sont pas troublées par la préoccupation de sauvegarder » la situation des officiers ministériels dont le concours est » nécessaire à la bonne administration de la justice (1) ».

Comme nous l'avons dit, le décret de 1903 ne s'applique

2° Le tarif *réduit d'un dixième* était applicable dans les autres chefs-lieux de cours et villes de plus de 30.000 âmes.

3° Le tarif *réduit d'un quart* était applicable dans tous les autres ressorts.

Pour les avoués d'appel, il n'y avait que deux tarifs : celui de Paris, applicable à Lyon, Bordeaux, Rouen et Toulouse, et celui des autres cours, *inférieur d'un dixième* à celui de Paris.

(1) A peine éclos, le nouveau tarif reçu les plus violentes attaques. Le public protesta et la presse se fit l'écho de ses réclamations. Deux interpellations furent déposées sur les bureaux de la chambre des députés ; elles vinrent en discussion dans la séance du 6 novembre 1903.

La première est de M. Charles Bos. « Je pense, dit-il, démontrer à la » chambre que dans la plupart des cas les honoraires des avoués sont » singulièrement augmentés. Ma démonstration sera double, car en » même temps, j'aurai prouvé que M. le Garde des sceaux a créé un » impôt illégal pesant sur l'ensemble des petits justifiables, sur ceux » dont la fortune est peu considérable. »

La seconde est de M. BUYAT. « Dans ce pays la justice est seulement » abordable pour deux catégories de citoyens : pour les millionnaires qui » peuvent supporter les frais d'un procès et pour les indigents lorsqu'après » beaucoup de tribulations, ils ont obtenu le bénéfice de l'assistance » judiciaire ». (Débats parlementaires, p. 2529 et suiv.).

Le résultat de ces interpellations a été de faire nommer une commission dont la mission est de modifier le nouveau tarif s'il y a lieu. Actuellement une enquête se poursuit devant certaines cours et certains tribunaux, ayant pour but de faire une étude comparative entre le tarif de 1807 et celui de 1903.

qu'aux avoués de première instance et d'appel; les greffiers de paix et les huissiers sont toujours régis, au point de vue qui nous occupe, par l'ancien décret de 1807.

a) HONORAIRES DES GREFFIERS DES JUGES DE PAIX

Dans les délibérations du conseil de famille, le rôle des greffiers de paix est d'assister au conseil et de délivrer, à qui de droit, des expéditions des délibérations.

Il leur est taxé, pour chaque rôle d'expédition : 0 fr. 50 pour les greffiers près les cours les plus importantes, 0 fr. 40 pour les autres (application de l'article 9 du décret de 1807).

Il leur est alloué, dit l'article 16, les deux tiers des vacations des juges de paix, pour assistance au conseil de famille. Comme nous venons de le dire, le chapitre I du décret de 1807, concernant les taxes des actes et vacations des juges de paix, a été abrogé par la loi du 21 juin 1845. Cependant, faute d'autre texte, l'article 16 renvoi toujours à ces articles. En conséquence, par application de l'article 4 du décret de 1807, texte visé, les greffiers auront droit à une allocation de 3 fr. 75, 2 fr. 25 ou 1 fr. 70, suivant les ressorts.

b) HONORAIRES DES HUISSIERS

L'ancienne distinction entre les huissiers des juges de paix et les huissiers ordinaires a été abolie par la loi des 25 mai-6 juin 1838. « Tous les huissiers d'un même canton, » dit l'article 16 de cette loi, auront le droit de donner » toutes les citations et de faire tous les actes devant la » justice de paix. Dans les villes, etc. »

De nos jours c'est donc aux huissiers ordinaires qu'il appartient de faire les citations régulières aux membres qui doivent composer le conseil de famille.

Il leur appartient également, une fois la délibération prise, de notifier à qui de droit l'avis de l'assemblée.

Pour ces différents actes, l'article 21 du décret de 1807, toujours en vigueur, leur alloue un droit de 1 fr. 50, 1 fr. 35 ou 1 fr. 10 suivant les ressorts; pour l'original, et, pour chaque copie, il leur est alloué le quart de l'original.

Ce sont également les huissiers ordinaires qui signifient les ajournements demandant la réformation d'un avis du conseil de famille.

Ce sont eux enfin qui signifient l'opposition formée, à la requête des membres de l'assemblée, contre l'homologation de la délibération.

Pour ces actes il leur est alloué: pour l'original 2 fr. à Paris, 1 fr. 50 ailleurs; pour chaque copie, le quart de l'original (art. 29).

c) HONORAIRES DES AVOUÉS DE PREMIÈRE INSTANCE

Nous avons vu, en traitant de la procédure de l'homologation d'une délibération du conseil de famille, que l'action se déroule tantôt en chambre du conseil, tantôt en audience publique.

Lorsque la demande d'homologation est portée devant la chambre du conseil, il faut appliquer l'article 60 du nouveau tarif relatif à ce genre de procédure.

D'après le deuxième paragraphe de ce texte, il est alloué aux avoués, pour toute demande, soit qu'elle relève de la

juridiction gracieuse, soit que la décision contradictoire ou par défaut intervienne en matière contentieuse :

1^o le droit de conseil ;

2^o la moitié du droit de formalité ;

3^o le quart du droit d'instruction calculé ainsi qu'il est dit aux articles 8 et 12 du décret de 1903.

Par application de cet article, on pourrait donc établir ainsi l'état de frais d'une instance en homologation d'une délibération du conseil de famille, portée devant la chambre du conseil :

1^o droit de conseil = 20 fr. (art. 2) ;

2^o la moitié du droit de formalité = 20 fr. (art. 4) ;

3^o Enfin le quart du droit d'instruction de l'article 12, soit un *minimum* de 25 fr. et un *maximum* de 250 fr.

Dans tous les autres cas, lorsque la cause doit être instruite dans les formes ordinaires des instances, il est clair que c'est le tarif général qu'il faudra appliquer, et l'on suivra les règles ordinaires pour le calcul des différents émoluments. Il sera alloué aux avoués :

1^o un droit de conseil de 20 fr. (art. 2.) ;

2^o un droit de formalité de 40 fr. (art. 4.) ;

3^o un droit d'instruction pouvant varier de 100 à 1,000 fr. suivant les déclarations des avoués de la cause.

2^o Dispositions fiscales

Les cédules du Juge de paix, pour convoquer le conseil de famille, doivent être écrites sur papier timbré de dimension, en vertu des dispositions générales de la loi du 13 brumaire an VII (articles 1 et 12), mais elles ne sont pas soumises à la formalité de l'enregistrement.

Les délibérations du conseil de famille doivent être rédigées sur timbre, mais les expéditions de ces délibérations, depuis la loi du 25 janvier 1892 (art. 12-1^o), sont délivrées sur papier libre.

L'article 24 de la loi du 28 avril 1893 a réduit de moitié le droit de six francs établi par les articles 5 de la loi du 19 juillet 1845, et 4 de la loi du 28 février 1872, pour les avis de parents et les procès-verbaux de nomination de tuteurs et curateurs. Ce droit est donc aujourd'hui de trois francs.

Si le juge de paix ajourne ou proroge l'assemblée, l'acte qui constate ce fait constitue un acte judiciaire innomé passible du droit fixe de 1 fr. 50.

L'article 12, deuxième alinéa, a affranchi des droits de toute nature, c'est-à-dire des droits de timbre et d'enregistrement, « les avis de parents des mineurs dont l'indigence » est constatée ». Ici, le mot *avis de parents* doit, pour l'application de cette disposition, être entendu dans le sens général qu'il comporte et que le législateur lui a attribué dans l'intitulé du titre X du livre I^{er}, 2^{me} partie du code de procédure civile (art. 882 et suiv.). Il n'y a par conséquent pas de différence à faire, selon que le conseil de famille a été appelé à émettre un simple avis, ou à prendre une délibération, par exemple à nommer un tuteur ou un subrogé-tuteur ; c'est ce qui ressort catégoriquement de la discussion de la loi.

Cette dispense est étendue également aux actes nécessaires pour la convocation et la constitution du conseil de famille et l'homologation des délibérations prises lorsque cela est nécessaire.

Lorsque le juge de paix agit d'office, les délibérations prises à sa diligence sont dispensées provisoirement du timbre et de l'enregistrement, sauf à recouvrer ultérieurement les droits restés en suspens, sur les parties. (*Journ. enreg.*, n° 15.615).

Sont encore visées pour timbre et enregistrées gratis : les délibérations relatives à l'engagement militaire du mineur, les délibérations dont la production est nécessaire au mariage des indigents, à la légitimation de leurs enfants naturels et au retrait de ces enfants déposés dans les hospices (loi du 10 décembre 1850, art. 4).

En principe il n'est dû qu'un seul droit fixe pour chaque procès-verbal d'avis de parents. Mais si des délibérations renfermaient des dispositions indépendantes et étrangères à ces délibérations, il est évident que, par application de l'article 11 de la loi du 22 frimaire an VII, il serait dû pour chacune d'elles, et selon son espèce, un droit particulier, indépendamment du droit fixe (1).

Emancipation. — La loi du 22 frimaire an VII (art. 68 paragr. 4-2°) a tarifé spécialement à cinq francs les actes d'émancipation. Ce droit a été porté à dix francs (loi du 19 juillet 1865, art. 5) puis à quinze francs (loi du 28 février 1872). La loi du 28 avril 1893 a maintenu le droit de quinze francs d'une manière implicite, en le passant sous silence. Ce droit de quinze francs est dû pour chaque émancipé.

La révocation de l'émancipation par le conseil de famille est passible du droit de trois francs.

(1) Voir de nombreuses applications aux *Pandectes Françaises. V^o Conseil de famille*, nos 833 et suiv.

CONCLUSION

Après avoir déterminé les règles prescrites par le législateur pour que le conseil de famille puisse valablement délibérer, après avoir étudié l'homologation et les voies de recours possibles contre les décisions de l'assemblée, il nous reste à nous demander quelle conclusion nous devons tirer de cette étude.

Une idée générale se dégage de toutes les règles de procédure que nous venons de passer en revue : elles sont établies dans le but unique de protéger et de sauvegarder les intérêts du mineur ou de l'interdit.

C'est dans cette intention que le législateur a prescrit les nombreuses formalités concernant le mode des délibérations : c'est pour éviter qu'elles soient prises à la légère qu'il exige la présence au conseil des trois quarts au moins des membres convoqués, qu'il veut que la décision soit prise à la majorité absolue des suffrages. C'est dans ce même but que l'homologation du tribunal est jugée nécessaire pour certaines délibérations plus importantes que les autres, et qui, pour cette raison, ont besoin d'être émises avec plus de soin et d'être vérifiées par des magistrats éclairés. C'est encore pour protéger les intérêts de l'inca-

pable que le législateur a établi tout un système de recours contre les avis de l'assemblée. Si, malgré toutes les précautions prises et toutes les formalités exigées, le conseil de famille a cependant autorisé l'accomplissement d'un acte contraire à ces intérêts, il reste une ressource suprême aux membres de l'assemblée : faire annuler la délibération prise dans ces conditions.

On peut se demander si le but du législateur a été atteint. Nous croyons pouvoir affirmer qu'en somme, vu l'institution du conseil de famille en elle-même, les règles de procédure que nous venons d'étudier sont bien suffisantes, et garantissent, dans une large mesure, les intérêts qu'elles ont pour but de sauvegarder.

Cependant on peut faire plusieurs reproches au législateur.

Tout d'abord, grâce à la facilité avec laquelle le code permet aux parents de se faire représenter au conseil, trop souvent ceux-ci désertent tout à fait leur poste, et on est arrivé à voir des conseils de famille uniquement composés en fait de clercs de notaires ou d'avoués. Celui des parents qui provoque la réunion, est alors à peu près maître de la délibération, les autres ayant recommandé à leurs mandataires de voter dans le même sens que lui. Le tuteur peut alors en quelque sorte faire ce qu'il veut.

Ceci est très dangereux dans tous les cas, mais particulièrement en matière d'avis à donner sur la personne qu'il s'agit de faire interdire. Car on peut arriver ainsi à laisser commettre de véritables attentats à la liberté individuelle.

Cependant il ne faut rien exagérer, et en général les

parents et les alliés s'acquittent avec zèle de leur mission et remplissent leur devoir selon le desir de la loi.

On peut surtout reprocher au législateur d'avoir été par trop incomplet sur certaines matières. Ainsi nous trouvons vraiment insuffisant l'article 416 du code civil qui dit que « le juge de paix a voix délibérative et prépondérante en » cas de partage » ; on se souvient des difficultés que nous avons rencontrées lorsqu'il s'est agi de déterminer quand il y avait partage et à quelle majorité les délibérations du conseil de famille devaient être prises. De même pour la théorie du recours.

La jurisprudence a eu tout ou presque tout à créer sur ces matières, et longtemps nous l'avons vue hésitante et flottante, tantôt décidant dans un sens tantôt dans l'autre, au plus grand détriment des incapables.

Mais cette critique perd de plus en plus de son importance, car de nos jours les tribunaux et les auteurs sont parvenus à combler presque toutes les lacunes qui se rencontrent en la matière et à se fixer dans un sens déterminé. D'ailleurs ils avaient un principe directeur auquel ils pouvaient rattacher leurs opinions, principe qui domine toute l'institution du conseil de famille, qui en est le but et la justification, l'intérêt de l'incapable. Lors donc qu'une difficulté s'élève à l'occasion d'une délibération, si la loi elle-même ne tranche rien, les tribunaux doivent tout d'abord considérer de quel côté et en quel sens se trouve l'intérêt du mineur et juger dans le sens favorable à cet intérêt.

Cependant, en reconnaissant le mérite de la jurisprudence, nous ne voulons pas dire que, désormais, le législa-

teur doit définitivement se reposer sur sa première œuvre. Les tribunaux ne sont jamais liés par les décisions qu'ils ont rendues précédemment, ils peuvent toujours changer d'avis ; à plus forte raison, ils ne sont pas liés par les décisions des autres tribunaux, même supérieurs en degré. Il peut résulter de là une grande variété ; et en fait les décisions de la jurisprudence, extrêmement nombreuses, sont très souvent en contradiction les unes avec les autres, plongeant les esprits dans le doute et l'incertitude.

Il serait donc bon que le législateur, confirmant la jurisprudence, dans ce qu'elle a de juste et d'équitable, proclama loi générale ce qui n'est que solutions d'espèces.

Enfin qu'il nous soit permis, pour terminer, de généraliser la question. La matière des « avis de parents » est si étroitement liée avec l'ensemble du code de procédure civile (1) que ce n'est pas seulement la réforme de quelques articles qu'il nous faut souhaiter, mais bien la réforme du code en entier.

Le code de procédure a vieilli : les mœurs et les conditions de l'existence ont beaucoup changé depuis un siècle, et, quand l'on songe que les dispositions que ce code renferme sont tirées pour la plupart de l'ordonnance de 1667 et même de celle de 1539, on peut affirmer avec M. BORDEAUX « qu'au nombre des réformes qui s'imposent, » qui doivent être poursuivies, sans précipitation, mais

(1) Par exemple en ce qui concerne l'appel, l'homologation, l'opposition, etc...

» avec une activité persévérante, figure au premier rang
» la révision des lois de procédure » (1).

Si le législateur n'a rien fait pour modifier le code de procédure civile, il en a eu cependant, de bonne heure, l'intention.

En 1851 (2), l'académie des sciences morales et politiques proposa le sujet suivant : « Quelles sont, au point de vue
» juridique et philosophique, les réformes dont notre code
» de procédure est susceptible ? » Cette première épreuve ne donna aucun résultat.

Deux années plus tard, le même sujet fut proposé. Plu-

(1) M. BORDEAUX : *Mémoire sur la réformation de la justice, préface.*

Voici d'après M. R. de la Grasserie les principales critiques que l'on peut faire au code de procédure actuel. « Le code de procédure civile qui
» nous régit date de 1807, et il reproduit sur les points essentiels l'or-
» donnance de 1667 ; aussi est-il aujourd'hui suranné et de l'aveu de tous
» ne répond plus aux besoins actuels, besoins de plus en plus impérieux
» d'économie, d'équité et surtout de célérité. Les formalités y sont trop
» nombreuses, sans que souvent un intérêt réel les justifie, trop souvent
» aussi elles sont édictées à peine de nullité ; il en résulte des frais con-
» sidérables et des retards sans fin ; en outre, elles sont séparément
» rétribuées, de sorte qu'elles encouragent les intermédiaires salariés à
» les multiplier pour obtenir un bénéfice plus considérable. Des procé-
» dures entières sont inutiles, inusitées et encombrent les textes... Le
» temps qui est de l'argent est dépensé à profusion, et souvent les émolu-
» ments de procédure équivalent à un véritable déni de justice. Les
» voies d'exécution elles-mêmes, lorsque le droit est établi, sont hérissées de difficultés nouvelles ; chaque délai se dresse comme une
» menace, et souvent on se croirait au temps romain des actions de la
» loi ou de la procédure formulaire... » (R. DE LA GRASSERIE : *Etude critique sur le projet de révision du code de procédure civile* présenté à la chambre des députés le 25 octobre 1898, p. 1, n° 1).

(2) Voir pour tout l'exposé qui va suivre celui beaucoup plus détaillé de M. Alfred DUBOIS : *Du défaut devant les tribunaux civils de première instance.* Thèse, Caen, 1903.

sieurs mémoires furent présentés, parmi lesquels nous devons citer celui de M. BORDEAUX (philosophie de la procédure civile) qui eut le mérite de signaler de sages réformes et d'exposer clairement les principaux griefs imputés à la procédure actuelle. Ce mémoire obtint d'ailleurs le premier prix (1).

En 1862 le gouvernement impérial, ému des réclamations qui s'élevaient de toute part, institua une commission pour préparer la réforme des lois de procédure.

Le projet de cette commission fut terminé en 1868, mais les événements politiques l'empêchèrent d'aboutir.

Une seconde commission, instituée par un décret du 10 juillet 1883, n'eut pas plus de succès (2).

Onze ans plus tard, le 5 mai 1894, M. Antonin Dubost, ministre de la justice, déposa, au nom de M. Carnot, un projet de loi portant révision du code de procédure civile. Ce projet comprend la refonte du code tout entier (3).

Il fut renvoyé à l'examen de la commission de la réforme judiciaire ; il fit l'objet, le 21 décembre 1895, d'un rapport de M. Mougeot. Cependant il n'aboutit pas plus que les précédents projets et il devint caduc avec l'expiration de la sixième législature.

Enfin un dernier projet fut présenté, le 25 octobre

(1) On peut citer également le mémoire de M. SÉLIGMAN : *réformes dont notre code de procédure est susceptible*.

(2) Deux projets sortirent de cette commission, l'un déposé au nom de M. Jules Grévy par M. DEMÔLE, le 19 octobre 1866, le second, au nom de M. Carnot par M. FÉROUILLOT, le 12 juillet 1888. Voir les documents parlementaires de la chambre, années 1886, annexe 1155, et 1888, annexe 2948.

(3) Documents parlementaires de la Chambre, année 1894, page 665.

1898 (1), par M. Sarrion, alors garde des sceaux et ministre de la justice, au nom de M. Félix Faure.

Ce projet est plutôt, comme le précédent d'ailleurs, une révision qu'une réforme : il conserve l'ordre général du code de procédure actuel, ses divisions et ses grandes lignes ; il se contente de le corriger. « En France, on est » très respectueux, sinon du passé, au moins du présent, » c'est-à-dire du *statu quo*, et il faut déjà un grand effort » pour se décider à opérer une simple révision générale (2) ».

Le projet de 1898 n'apporte, en somme, aux articles 882 à 889 du code de procédure civile, que les changements nécessaires pour les mettre en harmonie avec les autres parties de la nouvelle rédaction.

Aussi dans le nouveau titre des « Avis de parents », on ne peut guère noter que la modification de l'article 884 (2^{me} partie, livre I, titre IX, art. 3 du nouveau projet) qui est alors ainsi conçu : « La cause sera jugée d'urgence » et sur simple acte de conclusions motivées. » Ce changement de rédaction s'explique dans ce projet, car la distinction entre les matières sommaires et les matières ordinaires est abrogée, par suite du nouveau mode d'instruction admis.

Néanmoins ce dernier projet modifie profondément, mais d'une manière indirecte, les règles de procédure prescrites, par le législateur de 1807, en matière de délibérations du conseil de famille, puisqu'il modifie les règles

(1) *Ilem*, année 1898, sessions extraordinaires, annexe 281.

(2) R. DE LA GRASSERIE, *op. cit.*, page 4, n° 3.

de l'appel (1), de l'opposition (2) et de l'homologation (3).

Ce projet reprenant d'ailleurs sur ce point ceux de 1888 et de 1894, a le grand mérite d'avoir réuni, sous un titre unique, tout ce qui concerne la chambre du conseil.

Ce titre nous intéresse au premier chef, puisque toute la procédure nécessaire pour l'approbation par le tribunal de certains actes faits par des incapables ou en leur nom, se déroule devant la chambre du conseil.

Les articles 1 et 4 de ce titre traitent de la compétence de la chambre du conseil ; les articles 2 et 5 s'occupent de la procédure à suivre devant cette juridiction ; enfin les articles 6 et 7 réglementent l'appel des jugements de la chambre du conseil.

Ce projet a des qualités certaines : il supprime bien des formalités qui surchargeaient inutilement l'instruction et la marche des procès, il écarte tout ce qui ne peut se concilier avec les institutions nouvelles ; cependant il est encore incomplet et manque parfois de hardiesse, en conservant des formalités qui ne s'appliquent plus (4).

Le rapporteur du projet de 1898 terminait ainsi son introduction à l'exposé des motifs : « Nous avons pu apporter » ainsi une œuvre minutieusement élaborée. Elle appellera, sans doute, encore de longs et patients travaux

(1) Projet, liv. III, de l'appel, titre unique, art. 1 à 22.

(2) Projet, liv. II, tit. IV, des jugements par défaut et opposition (art. 9 et suivants).

(3) Projet, livre II : de la chambre du conseil, section I, juridiction non contentieuse (art. 1 à 3) et section III : de l'appel des jugements de la chambre du conseil (art. 6 et 7.)

(4) R. DE LA GRASSERIE, *op. cit.* p. 151, n° 108.

» de discussion : nous vous convions à les entreprendre
» sans retard ; car une justice plus simple dans ses formes,
» plus rapide dans ses décisions, moins onéreuse surtout,
» est un des premiers besoins d'un régime démocratique,
» et notre pays sera reconnaissant envers ceux qui lui
» assureront ce bienfait ».

Cependant, depuis bientôt six ans que ce projet traîne sur les bureaux de la chambre, celle-ci n'a pas encore su trouver le temps de le discuter. Nous craignons qu'il subisse le même sort que les précédents et nous constatons avec amertume que les peuples voisins, après nous avoir emprunter nos institutions, nous donnent aujourd'hui l'exemple de sages réformes. Notre législateur devrait pourtant bien se convaincre de cette idée, émise jadis par le rapporteur de 1894 que « pour faire progresser les » institutions d'un peuple, il faut d'abord les conserver, » mais pour assurer leur conservation, il faut les faire » progresser ».

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,

R. BIVILLE.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Généralités; division	1
PREMIÈRE PARTIE. — Règles que le conseil de famille doit observer pour prendre valablement ses décisions.....	9
CHAPITRE PREMIER. — Du quorum nécessaire pour délibérer.....	11
CHAPITRE II. — Les délibérations doivent-elles être prises à la majorité relative ou à la majorité absolue des suffrages?.....	22
CHAPITRE III. — Non publicité des délibérations.....	38
CHAPITRE IV. — Avis des membres relatés au procès- verbal.....	40
CHAPITRE V. — De l'interprétation des délibérations..	44
DEUXIÈME PARTIE. — Exécution des délibérations. De l'homologation.....	47
CHAPITRE PREMIER. — Exécution des délibérations du conseil de famille	47
CHAPITRE II. — De l'homologation	50
<i>Section 1.</i> Sa nature	50
<i>Section 2.</i> Des délibérations qui doivent être homologuées	52
1. Aliénation des immeubles	54
2. Emprunt.....	65
3. Hypothèque.....	69
4. Aliénation des meubles incorporels dont la valeur dépasse 1,500 fr. en capital	71

	Pages
5. Délibérations prononçant l'exclusion ou la destitution du tuteur, lorsque celui-ci n'y adhère pas	77
6. Transaction	79
<i>Section 3. Procédure de l'homologation</i>	80
1. Qui peut poursuivre l'homologation ?	80
2. Qui le poursuivant doit-il appeler sur l'instance ?	82
3. Marche de la procédure	85
<i>Section 4. Voies de recours contre les jugements d'homologation</i>	88
1. Tierce-opposition	88
2. Opposition	89
3. Appel	90
 TROISIÈME PARTIE. — Voies de recours contre les délibérations du conseil de famille	95
Généralités	95
 CHAPITRE PREMIER. — Qui peut attaquer les délibérations du conseil de famille ?	100
 CHAPITRE II. — Contre qui le recours doit-il être dirigé ?	108
 CHAPITRE III. — Des modes de recours contre les délibérations du conseil de famille	113
<i>Section 1. Du recours pour vice de formes</i>	114
1. Des formes substantielles	115
2. Des formes non substantielles	120
<i>Section 2. Du recours au fond</i>	131
1. Délibérations qui accordent ou refusent au mineur l'autorisation de contracter mariage	133
2. Délibérations qui admettent ou rejettent l'émancipation	135
3. Délibérations nommant un tuteur, un subrogé-tuteur ou un curateur	135

	Pages
4. Délibérations qui conservent ou retirent la tutelle de ses enfants mineurs, à la mère qui annonce le projet de convoler en secondes noces	140
5. Délibérations qui règlent les intérêts moraux et religieux du mineur	144
CHAPITRE IV. — Du droit des tiers d'attaquer les délibérations du conseil de famille	146
1. Recours quant à la forme	146
2. Recours quant au fond	148
CHAPITRE V. — Du recours contre les actes faits en vertu de délibérations irrégulières	150
1. Qui peut attaquer l'acte ?	150
a) L'acte peut-il être attaqué par le mineur, ou par le mineur émancipé assisté de son curateur ?	150
b) L'acte peut-il être attaqué par les membres du conseil de famille ?	153
c) L'acte peut-il être attaqué par les tiers ?	153
2. Contre qui l'action doit-elle être dirigée ?	154
CHAPITRE VI. — Des conséquences du recours contre les délibérations du conseil de famille	155
1. Effets des décisions du tribunal de première instance sur les délibérations relatives au personnel de la tutelle	157
a) Choix du tuteur	157
b) Excuse, exclusion ou destitution de la tutelle ..	158
c) Cas de convol de la mère tutrice en secondes noces	158
2. Effets des décisions du tribunal de première instance sur les délibérations relatives à l'état et à la capacité des mineurs	159
a) Son mariage	159
b) Son émancipation	159
CHAPITRE VII. — Procédure	161

CHAPITRE VIII. — Des dépens. Responsabilité des membres du conseil	164
APPENDICE PREMIER. — Droit comparé	169
1 ^o Législations dans lesquelles le conseil de famille est un organe nécessaire de la tutelle	170
a) Belgique.....	170
b) Hongrie.....	175
c) Espagne.....	176
d) Italie	178
e) Pays-Bas.....	178
f) Portugal.....	179
g) Canton de Genève (Suisse)	180
2 ^o Législations dans lesquelles le conseil de famille est un organe facultatif.....	180
a) Allemagne	180
b) Autriche.....	183
c) Canton de Valais (Suisse).....	184
3 ^o Législations dans lesquelles le conseil de famille n'existe pas	184
a) Grande-Bretagne.....	184
b) Suède	184
c) Suisse	185
APPENDICE II. — Tarif des frais et dépens et disposi- tions fiscales	185
1 ^o Tarif des frais et dépens	186
a) Honoraires des greffiers des juges de paix..	191
b) Honoraires des huissiers.....	191
c) Honoraires des avoués de première instance.	192
2 ^o Dispositions fiscales	193
CONCLUSION.....	197

